
搜索差押えに関する一考察

——報道・取材の自由及び接見交通権等との調整局面——

吉 野 太 人

- I はじめに
- II 搜索差押えの要件
- III 搜索差押えと報道の自由及び取材の自由との調整局面
- IV 搜索差押えと接見交通権（秘密交通権）、防御権との調整局面
- V おわりに

I はじめに

刑事手続において搜索とは、一定の場所や人の身体について物の発見を目的として必要な措置をとるべき裁判とその執行を含む強制処分であり¹⁾、押取とは、証拠物又は没収すべき物を保全するために強制的にその占有を取得し、又は占有を継続する裁判とその執行を含む強制処分であり、占有取得過程において強制力を行使するものが差押えであり、占有を取得する過程において強制力を行使しないものが領置である²⁾と整理される。

刑事訴訟法は、その総則規定において搜索差押え等に関する規定を置いているものの、実務上ほとんどの場合、捜査段階では捜査機関が搜索差押えを実施するし、公判段階において搜索差押えを実施する場合も捜査機関³⁾が実施することが多く、受訴裁判所が行うことは少ないと思われる⁴⁾。

1) 河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法〔第2版〕(2)』244頁〔藤永幸治＝河村博〕（青林書院、2010年）

2) 藤永＝河村・前掲注1）243頁。

搜索差押えは、証拠物等の探索過程及び占有取得過程において強制力を行使することから、被処分者に対する権利利益の制約の程度が大きく、しばしば搜索差押え自体の適法性が国家賠償請求訴訟等で争われることが少なくなく、捜査段階、あるいは公判段階において捜査機関が搜索差押えを実施する際には、現場における捜査権行使という捜査目的と被処分者の権利利益とが衝突する局面であることから、微妙な判断を迫られることも少なくないといえる。

そこで、本稿では、捜査機関が行う搜索差押えに関する要件論に言及した上で、他者の権利利益のうち、憲法上重要な権利と位置付けられている報道の自由及び取材の自由並びに接見交通権（被疑者又は被告人の防御権）との調整に関し、それぞれ例題を掲げ、その解決に必要な範囲において判例及び裁判例を紹介するとともに、これらを分析することを通じて、捜査機関の搜索差押えの適否に関する判断枠組み及び判断要素を検討することとした。

本稿において意見にわたる部分はもとより私見である。

II 搜索差押えの要件

例題 1 覚醒剤取締法違反（覚醒剤所持）の嫌疑のある被疑者 X について、「搜索すべき場所」を X 宅、「差し押さえるべき物」を「覚醒剤」とする搜索差押許可状の発付及び捜査機関による搜索の実施に伴う要件判断

- 3) 起訴後の検察官あるいは検察官の指揮により司法警察員が行うことから、この場合は訴追機関ともいえるものの、刑事訴訟法上は起訴前と起訴後とで搜索差押許可状を請求する機関の呼称を区別していないので、本稿では捜査機関と統一して呼称することとする。
- 4) 裁判所の司法統計によると、平成 28 年度の差押・記録命令付差押・搜索（許可）状・検証許可状の発布件数は、請求によるものが 241,298 件であるのに対し、職権によるものは 5 件である（<http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/376/009376.pdf>）。また、通常第一審において証拠方法として検証が行われた件数の統計はあるものの、搜索差押えが行われた件数の統計はなく（<http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/420/009420.pdf>）、当該件数が極端に少ないことがうかがえる。なお、付審判請求事件（刑訴法 262 条）においては、裁判所が提出命令を行うケースがある（最（大）決昭 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 月 1490 頁（博多駅事件）等参照）。

如何。

憲法 35 条 1 項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。」第 2 項は、「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」とし、搜索差押えについては、「正当な理由」に基づいて「司法官憲」すなわち裁判官が発付した令状により行う令状主義を定めている⁵⁾。

この「正当な理由」については、少なくとも一定の根拠に基づく具体的な犯罪の嫌疑（被疑事実）に基づくものであることを指していることについて異論はない。さらに、「正当な理由」には、当該被疑事実に関連する証拠物等に限って差押えの目的物となし得るということ、当該目的物が搜索場所に所在する蓋然性のあることも含まれていると解されている⁶⁾。

憲法 35 条の要請を受け、刑法では、検察官、検察事務官、司法警察職員（以下「捜査機関」という。）の搜索差押えについては、「犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により」行くとされている（刑法 218 条 1 項。憲法 35 条の規定する「第 33 条の場合を除いては」という例外的に令状を要しない搜索差押については刑法 220 条に規定を置いていることは周知のとおりである。）。

さらに、「裁判官の発する令状」については、裁判官に対し書面で請求するとされ（刑訴規則 139 条 1 項）、当該書面（搜索・差押許可状請求書）⁷⁾には、刑訴規則 155 条 1 項各号所定の事項を記載するとともに、被疑者又は被告人が罪を犯したと思料されるべき資料を提供しなければならないとされている（刑訴規

5) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕(4)』545頁〔渡辺咲子〕（青林書院、2012年）等参照。なお、「司法官憲」の意味については、井上正仁「令状主義の意義」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』74頁（有斐閣、2013年）参照。

6) 渡辺・前掲注5) 550頁、井上・前掲注5) 75頁等参照。さらに、酒巻匡『刑事訴訟法』107頁（有斐閣、2015年）、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』140頁（成文堂、2015年）は、後記の搜索差押えの必要性・相当性も「正当の理由」の一要素であるとする。

則 156 条 1 項)。さらに、被疑者又は被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所についての搜索のための令状請求の場合は、差し押さえるべき物の存在を認めるに足りる状況があることを認めるべき資料を提供しなければならないとされている（同条 3 項。以下刑訴規則 156 条 1 項及び 3 項の資料を「疎明資料」という。）。⁷⁾

そして、捜査機関の行う令状による搜索差押えを請求することのできる根拠である搜索差押えの理由については、裁判所の行う搜索又は差押えの規定を準用すること（刑訴法 222 条 1 項）により自明のものとなる。すなわち、準用されている規定を捜査機関の行う搜索に読み替えれば、「(捜査機関は) 必要があるときは、(被疑者若しくは) 被告人の身体、物又は住居その他の場所に就き、搜索をすることができる。」(刑訴法 222 条 1 項の準用する刑訴法 102 条 1 項)、「(被疑者若しくは) 被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、搜索をすることができる。」(刑訴法 222 条 1 項の準用する刑訴法 102 条 2 項)。なお、被疑者の住居等について「必要があるとき」に搜索できると規定されているのは、被疑者の住居等には、通常、被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が一般的に高く、通常、当該蓋然性が推認されるため、積極的な要件とまではしなかったと解されている⁸⁾。

また、捜査機関の行う差押えに読み替えれば、「(捜査機関は) 必要があるときは、証拠物……と思料するものを差し押さえることができる。(但し、特別の定めのある場合は、この限りでない。)」(刑訴法 222 条 1 項の準用する刑訴法 99 条 1 項)。

そして、これらの規定については、捜査機関が裁判官に令状の請求をする場合の請求要件として、令状の請求を受けた裁判官にとっては、捜査機関から令状の請求を受けた場合の審査事項として、更に令状の発付後、捜査機関が搜索

7) 実務上、検察官及び検察事務官は、事件事務規定（法務大臣訓令）が定めている搜索・差押・検証許可状請求書の書式を用い、司法警察職員は、「司法警察職員捜査書類基本書式例」（検事総長一般的指示）が定めている搜索・差押・検証許可状請求書の書式によっている（廣上克浩編『令状請求ハンドブック』169 頁（立花書房、2014 年））。

8) 井上・前掲注 5) 76 頁，上口・前掲注 6) 145 頁。

差押えを行使する際の権限を制限する要件としても働くこととなる⁹⁾。

以上を前提とすると、捜査機関の行う搜索差押えの理由は、搜索差押え共に、①一定の根拠に基づく具体的な犯罪の嫌疑の存在が、搜索については②搜索すべき住居等に被疑事実に関連する証拠物の存在する蓋然性が、差押えについては、③被疑事実と関連する物、すなわち証拠物と思料される物であることとなる。

また、憲法35条の「正当な理由」に基づき¹⁰⁾、あるいは、刑訴法218条1項の「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に基づき¹¹⁾、強制処分によるべき必要性も要することも異論はない。

この必要性の内実を示したリーディングケースは、最決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁(國學院大学事件)である。

本決定は、國學院大学映画研究会がクラブ活動として学生運動の現況を撮影し、上映する意図の下に撮影した新宿騒擾等被疑事件の状況を撮影したフィルム等に関し、司法警察員が当該事件の被疑者に関する搜索差押許可状に基づいて同映画研究会室において搜索を行い、フィルム等を差し押さえたところ、最終的には当該フィルムの差押処分の当否が問題となった事案である。主要な争点は、刑訴法430条の規定により不服申立を受けた裁判所の当該差押の必要性に関する審査権の有無であった。

本決定の事案は、例題1のように被疑者の所持品を差し押さえたものとは異なり、被疑者以外の第三者の所持している物件を差し押さえたものであるものの、一般的な差押えの必要性に関し、令状裁判官の審査においても基本的には妥当する基準を示したものであり¹²⁾、これよりすれば、令状請求に当たる捜査機関が依拠すべき基準をも示したといえる¹³⁾。

9) 井上・前掲注5)74頁、渡辺・前掲注5)549, 552-554頁、酒巻・前掲注6)110頁以下。

10) 酒巻・前掲注6)107頁。

11) 伊藤榮樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕(3)』〔伊藤榮樹＝河上和雄〕(立花書房、1996年)200頁、渡辺・前掲注5)551頁。

12) 酒巻・前掲注6)110頁、上口・前掲注6)146頁。

13) 伊藤＝河上・前掲注11)200頁、渡辺・前掲注5)552頁。

すなわち、同決定は、刑訴法 218 条 1 項の規定「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」を引用し、裁判所に差押えの必要性の有無についての審査権があることを認めた上で、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならない理由はない。」と判示して、差押えに関する処分の必要性に関する判断要素を示した。

当該判示は、刑訴法 218 条 1 項を引用していることから、搜索についても妥当するといえる¹⁴⁾。

以上を前提に本問（例題 1）を検討する。

X に対する覚醒剤取締法違反（所持）の嫌疑が認められる上、X 宅には、覚醒剤取締法違反（所持）の被疑事実に関連する覚せい剤が存在する蓋然性が認められること、捜査機関の搜索の実施により X 宅内で覚醒剤が発見されたのであれば、（前記被疑事実が発見日に近接していればいるほど）当該覚醒剤が前記被疑事実に関連する物（証拠物）であることが認められること、このような搜索差押えをする必要性についても特に問題がないことから、搜索差押許可状の請求、同許可状の発付、同許可状に基づく搜索差押えの実施を通じて適法ということとなる。

なお、仮に例題 1 が被疑者 X の関係者 Y である場合、前記搜索差押えの理由に関する要件該当性が認められるとしても、前記必要性の基準に沿って検討すべきこととなり、このとき搜索差押えによる「被差押者の不利益の程度」等と搜索差押えの必要性とを比較考慮して搜索差押えの相当性を判断することとなるものの、覚醒剤のような法禁物に関する搜索を受けることについての不利益は捜査の必要性に比して極めて低い価値しかない上、覚醒剤を所持する利益は全く保護に値しないことから、かかる必要性は認められることとなる。

しかし、搜索差押えの対象者の権利利益が重要なものであるときには、別途

14) この点の実質的根拠について、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕（2）』309 頁〔渡辺咲子〕（青林書院、2012 年）は、搜索の差押えに先行するものの、付随する性質があることに求める。

の考慮が必要となる。

Ⅲ 搜索差押えと報道の自由及び取材の自由との調整局面

例題2 報道機関 A は、国会議員 Y から「X が国政調査権の行使等に手心を加えてもらいたいとの趣旨で現金供与を申し込んできた。一度は断ったが、X はまた面談を申し込んできた。X との面談の様子を撮影してもらいたい。」などの情報提供を受けた。そこで、報道機関 A は、X と Y の面談状況を X には覺られないようにして隠し撮りしビデオテープに収録し、これを放映した。その後、Y は X を贈賄で検察庁に告発するとともに、A にあるビデオテープが決定的証拠であると主張した。そこで、検察官は、X に対する贈賄の被疑事実で A の所持するビデオテープの搜索差押許可状を請求した。当該請求の適法性如何。

1 問題の所在

例えば、米国においては、報道機関において、合衆国憲法修正第2条に基づき、サピーナ（罰則付召喚令状）による報道関係資料の提出を拒否する特権及び当該資料について搜索差押えを受けない特権を保障しているかという問題について、連邦最高裁判例の法廷意見は消極的であるものの、これに対しては、反対意見がある¹⁵⁾。現段階において、米国の連邦法において、前記特権を保護する法制はないものの、米国内の39州及びコロンビア特別区では、具体的な要件の下において、報道機関による前記特権を保護する法制（shield law）を設けている¹⁶⁾。

15) サピーナによる証言強制について、*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S.665, 92 S. Ct. 2646 (1972), 令状による搜索差押えについて、*Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547, 98 S. Ct. 1970 (1978)。これらの解説については、上口裕『刑事司法における取材・報道の自由』（成文堂、1989年）11頁以下及び65頁以下、池田公博『報道の自由と刑事手続』（有斐閣、2008年）188頁以下及び197頁以下をそれぞれ参照。

これに対し我が国においては、ある特定の管理区域・場所について一律に搜索を禁止し、当該区域・場所に存在する物についての差押えを拒む特権は認められていない。

もっとも、刑法は、公務上の秘密について監督官庁又は内閣の承諾（但し、例外あり。）、一定の職に在る者の業務上の秘密について本人の承諾（但し、例外あり。）がなければ押収を拒むことができる押収拒絶権を認め（刑法 103 条ないし 105 条）、国の重大な利益に関する公務上の秘密の保護並びに業務及びその業務を利用する社会一般ないし信頼と実体的真実発見の要請との調和を図っているといえる（詳細については後記Ⅳ 2 のとおりである。）¹⁷⁾。また、これら刑法 105 条に掲げる押収拒絶権の行使主体は、同法 149 条の証言拒絶権の行使主体とともに、限定列举と解するのが通説であり、判例である¹⁸⁾。

それでは、前記以外の場合で、搜索差押えによる捜査機関の権限行使と国民の重要な権利との衝突・調整が問題となる場合、いかなる判断枠組みによりその適法性を判断すべきであろうか。

2 報道機関に対する搜索の理由と必要性の検討

例題 2 では、判例上、「憲法 21 条の表現の自由の保障のもとにある」¹⁹⁾とされている報道の自由又は「憲法 21 条の趣旨に照らし十分尊重されるべきもの」²⁰⁾とされている報道のための取材の自由との衝突・調整が問題となる²¹⁾。

16) Reporters Committee for freedom of the press, The First Amendment Handbook 7th ed., pp 23, <https://www.rcfp.org/rcfp/orders/docs/FAHB.pdf>

17) 伊藤榮樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕(2)』〔藤永幸治〕172 頁（立花書房、2000 年）、渡辺・前掲注 14) 316, 327 頁等参照。

18) 藤永・前掲注 17) 172 頁、渡辺・前掲注 14) 332 頁、福岡高決昭和 44 年 9 月 20 日高刑集 22 卷 4 号 616 頁（後掲の博多駅事件抗告審決定）。

19) 最（大）決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁（博多駅事件）。同事件において最高裁は、機動隊員等の公務員職権濫用罪及び特別公務員暴行陵虐罪につき付審判請求を受理した福岡地方裁判所において、同現場を撮影した報道機関の撮影フィルムについて報道機関に対し提出命令を発したことが憲法 21 条に違反しないとした。同事件は、報道機関の取材結果を押収した先例であり、その後、捜査機関において取材結果を押収することについての憲法 21 条違反性が最高裁において争われたものが、後記日本テレビ事件である。

それでは、例題2において、報道機関に対する搜索は許されるのであろうか。

この点について、報道機関といえども「被疑者以外の者」(刑訴法222条、102条2項)なのであるから、当該報道機関の管理する場所に押収すべき物が存在する蓋然性が認められるのであれば、搜索の理由は認められることになる。

しかしながら、搜索はその対象が「場所」である場合には、当該「場所」にあるすべてが無差別に搜索の対象となり得るところ、報道機関には、差押対象物以外の報道資料、取材資料等が存在しており、これらも上記のとおり、憲法21条の保障の下にある報道の自由あるいは同条の趣旨に照らし十分尊重すべき取材の自由によって保障され得るものである。そうすると、前記のような搜索はこれらの重要な権利を侵害するとのそしりを受けかねない。

このようなことから、報道機関の搜索の必要性については慎重な検討が求められ、例えば、報道機関Aがビデオテープの選別に協力するような場合には、報道機関Aを搜索することにより、報道自体の遂行を困難にさせるなどの不利益が生じるおそれがあることなどから、搜索の必要性は否定されるであろう²²⁾。

3 報道機関の保管する取材テープの差押えに関する理由と必要性の検討

次に差押えについて検討する。

本問では、差押えの理由が認められること自体に異論はないであろう。

そこで、差押えの必要性であるが、この点について、いわゆるリクルート事件の取材ビデオテープの差押えの憲法21条違反性が問題となったいわゆる日本テレビ事件最高裁決定は、取材結果に対する捜査機関の差押処分が最高裁に

20) 最決平成元年1月30日刑集43巻1号19頁(日本テレビ事件)

21) 本稿は、報道の自由及び取材の事由と捜査機関による搜索差押との調整に関する判例実務の判断枠組みを検討するものであるから、学説で議論されている報道の自由等の憲法上の保障の根拠として、国民の知る権利に資するという一般的利益の実現に基礎を置くか、あるいは、報道機関一般の固有の権利であるとする理解に基づくのかという報道の自由等の保障根拠論や、そもそも報道の自由の担い手たる報道機関をいかに定義すべきなのかという報道機関性に関する議論には立ち入らない。なお、これらの議論に関しては、池田・前掲注15)12頁以下を参照。

より肯定された初めてのケースであり、先例的な意義を有するものとされており²³⁾、例題2は同事件の事案を題材としている。

本決定は、前記のとおり報道の自由及び取材の自由の憲法上の位置付けを述べ、当該権利は同じく憲法上の要請であるところの公正な刑事裁判を実現するための不可欠の前提である適正迅速な捜査のため（公正な刑事裁判の実現との報道の自由及び取材の自由との調整と同程度であるところの）ある程度の制約²⁴⁾を受けるとした上で、これらを合理的に調整する手法として利益衡量論を用いている²⁵⁾。

そして、本決定は、取材ビデオテープの差押えの可否について次のように判示している。

「捜査の対象である犯罪の性質、内容、軽重等及び差し押えるべき取材結果の証拠としての価値、ひいては適正迅速な捜査を遂げるための必要性和、取材

22) 例えば、日本テレビ事件では、いわゆるリクルート事件の取材ビデオテープの差押に先立ち検察官が報道機関としての立場に配慮した事前折衝を行っているところ、河上和雄「憲法上の権利の衝突—取材の自由と刑事司法」判例タイムズ699号51頁は、「通信施設での通信の差押えについては、搜索をしない実務との対比からも、他の報道源を侵犯しないようにするとの取扱いが支持されてよい。」とする。しかしながら、必ずしも通信施設における取扱いと報道機関におけるそれとを全く同列に扱うべきものではないと思われる。すなわち、通信施設における搜索については、刑訴法100条が通信施設における押収の要件を搜索の要件とほぼ同様にまで要件を緩和しており、押収すべき郵便物の選別について、法令の規定に基づき通信事務を取り扱う者（通信事務取扱者）の協力を得ることが期待できることを前提として、通信事務取扱者に託された郵便物等に対する搜索は許されないと解する見解が実務上は有力である（新関雅夫ほか『増補令状基本問題（下）』（一粒社、1997年）327頁〔神垣英郎〕、稗田雅洋「郵便局内の郵便物等に対する搜索差押の可否」別冊判例タイムズ35号140頁等）。また、法が通信事務取扱者に対し通信の秘密を守るべき義務を負わせている（例えば、郵便法（昭和22年法律第165号）8条）とともに、刑訴法100条を定めていることからすれば、通信事務取扱者は、刑訴法100条に基づく押収の際には押収の目的物を選別して押収させるべき法律上の義務を負っていると観念することもできる（河上和雄『搜索・差押 証拠法ノート(1)』（立花書房、1982年）37頁）。

これに対し、報道機関に関する場面では前記のような前提はない。

したがって、報道機関に対する搜索については、その必要性の判断基準における、「被処分者の不利益」を慎重に斟酌するかたちで搜索の適否を検討せざるを得ないように思われる。

23) 永井敏雄「判解」『最判解刑事篇平成元年度』（法曹会）38頁。

結果を証拠として押収されることによって報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び将来の取材の自由が受ける影響その他諸般の事情を比較衡量すべきであることはいうまでもない（同〔筆者注：博多駅事件〕決定参照）。

本決定は、前記國學院大學事件の差押えの必要性の判断基準のうち、日本テレビ事件でも同様に採用すべき要素を採用し、「差押物が隠滅毀損されるおそれ」といった本件事案ではおよそ考え難い要素を除いた上で、國學院大學事件の「被処分者の不利益」を含めた必要性・相当性判断において、適正迅速な捜査の必要性和差押えによる報道の自由及び将来の取材の自由が受ける影響を考慮するかたちで利益衡量をすることとしている。

本決定は、具体的な利益衡量として、「捜査の対象である犯罪の性質、内容、軽重等」について、当時国民の関心を集めていた贈賄事件であることを挙げ、差押対象物の「証拠としての価値」について、被告人が否認しており、当該ビデオテープ以外の他の証拠からは事実認定上の疑問が残る状況にあったこと、被告人自身が当該ビデオテープのうち未放映部分に自己の弁明を裏付ける重要な事項が含まれている旨主張していたことを挙げた上で、当該ビデオテープは「証拠上極めて重要な価値を有し、事件の全容を解明し犯罪の成否を判断する上で、ほとんど不可欠のもの」とした。これに対し、「報道の自由」の妨げら

24) 日本テレビ事件に先立ち、付審判請求事件を審理する裁判所が報道機関に対して博多駅における騒擾事案を撮影した撮影フィルムの提出命令（刑訴法 99 条 3 項）の適否について判断された先例として、前掲注 19) の博多駅事件がある。

博多駅事件では、公正な刑事裁判の実現を「憲法上の要請」かつ「国家の基本的要請」と位置付け、これと報道の自由及び取材の自由との利益衡量を行なっている。日本テレビ事件も、博多駅事件の利益衡量の手法を踏襲しているところ、日本テレビ事件では、博多駅事件の前記判示を引用し、「適正迅速な捜査」が「国家の基本的要請である公正な刑事裁判を実現するため」の「不可欠の前提」であり、両者には「報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関して」「本質的な差異がない」旨判示した上で、博多駅事件において最高裁が行なった「公正な刑事裁判の実現」と「報道の自由及び取材の自由」の利益衡量におけるのと基本的に同様の利益衡量を行っている。なお、この点に関しては、永井・前掲注 23) 30 頁、酒巻匡「報道機関の取材ビデオテープに対する報道機関の差押処分が憲法 21 条に違反しないとされた事例」警察研究 64 巻 6 号 59 頁及び池田・前掲注 15) 42 頁を参照。

25) 永井・前掲注 23) 30 頁。

れる程度及び「取材の自由」に対する影響については、当該ビデオテープが編集を了し、差押当日までに放映済みであることをもって、「本件差押処分により申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となり報道の機会が奪われるという不利益ではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるという不利益にとどまる。」とし、さらに、取材経緯が現金供与の申込を受けた国会議員の情報提供に基づき、同議員が告発時に前記ビデオテープを援用していること、検察官が差押えに先立って事前折衝を行っているなどの「諸般の事情」をも考慮し、差押えは憲法 21 条に反しないとした²⁶⁾。

ここで留意されたいのは、前記判示（「申立人の受ける不利益は」）から明らかとなおり、利益衡量の対象である報道の自由や将来における取材の自由は申立人である特定報道機関固有のそれを指しているのであって、それを越えた報道機関一般の報道の自由や取材の自由を指しているのではないということである²⁷⁾。

本決定は、差押えの理由が認められることは当然の前提として、その上で、差押えの被処分者が有する憲法上の利益と適正迅速な捜査の必要性との調整を図る場合において、國學院大學事件決定における差押えの必要性の審査基準を踏襲し、同決定の「被処分者の不利益」として、当該被処分者が有する憲法上の権利やその重要性の程度を考慮しており、この際、憲法上の権利享有主体である国民一般の不利益を考慮するのではなく、専ら被処分者本人が享有する憲法上の権利を考慮しているのである。

したがって、本決定を前提とすれば、差押えではなくて報道機関を搜索する場合の必要性を判断するに当たっても、第一義的には、搜索を受ける報道機関

26) なお、島谷裁判官の反対意見がある。同反対意見では、博多駅事件が判示した基準を厳格に適用すべきであるとし、①本件ビデオテープの証拠価値は贈賄罪における金銭提供の趣旨に関するものにすぎず、証拠上の価値は博多駅事件の事案における現場撮影フィルムほどの証拠上の価値はないこと、②取材の自由は憲法 21 条に基礎を置くことからすれば、本件ビデオテープの押収による将来の取材の自由に対する弊害は本件事案の取材の特殊性があったとしても過小評価すべきではなく、本件ビデオテープが取材メモとしての性質を有することからすれば、本件ビデオテープの押収は当該弊害を増幅させることなどが述べられている。

27) 河上・前掲 22)「憲法上の権利の衝突－取材の自由と刑事司法」51 頁。

が差押対象物件以外の報道・取材資料等を搜索されることにより被る報道の自由及び将来の取材の自由の侵害の程度を考慮するということになり、当該報道機関に存在する情報提供者の個人情報・プライバシーに対する侵害は「被処分者の不利益」としては考慮しないということになろう²⁸⁾。

また、差押えにより放映が不可能となり報道の機会が奪われる不利益が存在するということになれば、その不利益は極めて重大なものと言い得るが、本件事案では、放映自体はされているから、そのような不利益は存在せず、差押えにより当該報道機関が将来において取材の自由が妨げられるおそれという不利益にとどまるとの認定に至っている点も重要である。

また、本決定は「諸般の事情」として、①取材源自らが報道機関に情報提供し、取材源自らが贈賄罪の告発に際し本件ビデオテープを援用していること、②検察官の報道機関に対する事前折衝の存在を挙げている。

これらの前記利益衡量に占める重要度であるが、①については、取材源自体において取材源秘匿に関する権利を放棄したと見ることができる反面、本決定は取材源秘匿に関する権利を報道機関における将来の取材の自由の一内容として位置付けているといえること²⁹⁾、差押対象物が証拠上重要な価値を持っている場合等、差押対象物を押収することによる公共の利益が高い場合には取材源の同意がなくとも差押えが許される場合も当然あり得ることからすれば、①は、捜査機関による差押えの適否を決するほどの重要な事情とまではいえないといえよう。また、②については、確かに報道機関において証拠隠滅の可能性があると、事前折衝に応じないといった、事前折衝をしないことを正当化し得る事情がないにもかかわらず、事前折衝をせず捜査機関が搜索を先行させようとする場合には、前記のとおり捜査の必要性自体が否定されて違法となる可能性があり、それに付随する差押えも違法となる可能性がある。そうすると、

28) もちろん、報道機関が捜査機関に報道資料を押収されたことにより、当該資料の情報源において、個人情報の開示やプライバシーの侵害を懸念することから生じる、押収元である特定報道機関が被る有形無形の不利益については、当該報道機関の有する報道の自由や将来における取材の自由に対する不利益の一要素として考慮されることにはなろう。

29) 池田・前掲注15) 48頁参照。

事前折衝の不存在は搜索及び差押えの違法性を基礎づける積極要素であるとはいえる。とはいえ、任意搜索の原則（刑訴法 197 条 1 項）からも報道機関に対する事前折衝の前置が導かれ得る上、事前折衝は捜査機関が報道機関から差押対象物を差し押さえる場合には実務上実施されているものと思われることからすれば³⁰⁾、捜査機関にとってはむしろ行うべきことともいえる。そうすると、事前折衝自体が差押えの適法性に対する積極的な肯定要素とまではいえないように思われる³¹⁾。

このように、報道機関からの差押えの必要性を判断するに当たって適正迅速な搜索の必要性と報道機関の報道の自由等との合理的調整を図る上での本質的要素としては、被疑事実の重大性、差押対象物の証拠価値及び差押えにより報道機関が受ける報道の自由や将来の取材の自由に対する不利益の程度といえ、この判断枠組みは後の TBS 事件³²⁾においても踏襲されている³³⁾。

そして、このような報道の自由及び取材の自由との調整局面において、被処分者の不利益を考慮する場合、訴訟当事者以外の第三者の上記権利利益への影響を考慮するわけであるから、通常は、そのような第三者の重要な権利利益に影響を与えることによっても実現されるべき搜索の必要性が要求され、そのため、被疑事実の重大性や差押対象物件の証拠価値が重視されているものと思われる。

4 例題 2 の検討

以上を前提とすると、例題 2 の差押えに関し、前記判例の判断枠組みによれば、差押許可状請求及びその許可並びに差押許可状の執行については差押えの理由及び必要性が認められ、適法ということになる。

30) 河上・前掲注 22)「憲法上の権利の衝突—取材の自由と刑事司法」51 頁参照。

31) なお、永井・前掲注 23) 38 頁は、本決定の利益衡量に関する中核的要素は、ビデオテープの証拠価値の不可欠性及び報道機関の不利益が将来の取材の自由にとどまることであり、諸般の事情に属する事情は補助的事情との理解がある一方で、後者の事情は本決定の事案の本質的特徴であることから、これを除外しては本決定の帰趨を決することはできないとの理解もあるとする。

32) 最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁。本決定では、暴力団組長である被疑者が、組員らと共に上債権回収を図るため暴力団事務所において被害者に加療約1か月間を要する傷害を負わせるなどした傷害及び暴力行為等処罰に関する法律違反被疑事件において、当該犯行状況を撮影したと推認されるビデオテープを報道機関から差し押さえたことの可否が問題となった。本決定では、取材過程において、被疑者らが報道機関による犯行状況の撮影を了承していたことを指摘し、当該事情をもって「報道機関たる申立人が右取材協力者（筆者注・被疑者及びほかの暴力団組員）のためその身元を秘匿するなど擁護しなければならない利益は、ほとんど存しない」と評価する。しかしながら、本決定は、当該利益を、申立人である報道機関が被る将来における取材の自由の不利益の程度として検討しているものであって、「諸般の事情」として考慮しているものではないと思われる。

なお、TBS事件においては、日本テレビ事件で多数意見にくみされた奥野久之裁判官の反対意見があるところ、奥野裁判官は、両事件で意見を異にした理由として、①日本テレビ事件ほどTBS事件が重大とはいえないこと、②TBS事件のビデオテープの証拠価値にかがみると、日本テレビ事件ほど不可欠とはいえず、差押により得られる利益は日本テレビ事件に比べると相当小さいこと、③日本テレビ事件は報道機関が捜査を代行したと評することができるのに対し、TBS事件は暴力団の実態を国民に知らせるという報道目的の下撮影されたビデオテープであることから、報道機関の立場を保護すべき利益は日本テレビ事件に比して格段に大きいことを挙げている。このようにTBS事件でも日本テレビ事件と同様、反対意見が出されているものの、両決定における判断枠組みに差異はなく、結論を異にしたのは専ら被疑事実の重大性、差押対象物の証拠価値、報道機関が受ける不利益の程度に関する判断事情の評価が多数意見と反対意見とで異なったことによる。

33) なお、池田・前掲注15) 62頁は、博多駅事件、日本テレビ事件及びTBS事件といった判例により考慮されている「将来の取材の自由」に対する制約の内実については、「取材協力者の身元が開示されることにより、主に身元の秘匿を望む潜在的な取材協力者が将来にわたり取材協力に消極的になることの結果として、同種の取材を行いにくなることでであると解される」とし、これとともに、取材協力者自らが報道機関に情報を提供し、捜査機関に対しても取材ビデオテープの存在を援用した場合においても将来における取材の自由に対する弊害を考慮すれば押収は許されるべきではないとした日本テレビ事件の反対意見のように、「取材協力者の身元の秘匿に限らず」、「報道機関が秘匿する情報はみだりに第三者の目に触れることはない、ということに対する信頼が損なわれることを通じて、そうであれば情報を提供すること自体を躊躇する、という形で将来の取材の自由に対する制約がなお生じうる、としているものと解することも可能であろう」とする。

Ⅳ 搜索差押えと接見交通権（秘密交通権）、防御権との調整局面

例題 3 X は、Y との実行共同正犯による強盜被疑事件で警察署の留置施設に勾留されていた。X は当該被疑事実を当初認めて自白していた。X は私選弁護人を選任しており、X に刑法 81 条の接見等禁止処分は付されていなかった。X は、勾留 5 日目以降、「実は、本件の実行犯は既に死んでいる Z と Y だ。私は計画段階には参加していたが、実行前に Z と Y の承諾の下、計画から外された。」「強盜事件発生当時は L の元に覚せい剤を配達に行ったというアリバイがある。」旨否認に転じた。検察官は、同じく勾留中の Y（強盜被疑事件について自白）を取り調べたところ、Y は「つい先日、X から『俺は Z と Y が実行犯だったと警察・検察には話している。わかっているだろうな。』旨の手紙が送られてきた。」旨供述し、検察官に当該手紙を任意提出した。さらに、別件の覚せい剤取締法違反で被告人として勾留されている L には X の弁護人が接見している事実も判明した。そこで、検察官は、X には Y ら関係者との間で手紙を発受する方法により、本件強盜事件について通謀し、口裏合わせをしているおそれがあると認めた。

X は、裁判官に対し、留置施設の X 居室内における「本件に関係ありと思料される記録関係文書及び物件、行動関係書類、書籍」の搜索差押許可状を請求することができるか。

1 問題の所在

本問では、勾留されている X の留置施設の居室内には、本件強盜被疑事実に関する罪証隠滅工作に関連する証拠が存在している蓋然性がある一方において、X は私選弁護人を選任していることから、X と私選弁護人との間の接見に関するメモや両者間の信書等が存在している可能性もある。そうすると、本

間においてXの居室内が搜索され、証拠物の差押えがされた場合、捜査機関にはXと私選弁護士との間の前記文書の存在及び内容が知られるところとなる上、当該文書が差押対象物に該当すれば差し押さえられることも考えられる。

かかる搜索差押えが許されるか否かについては、近年では弁護士・依頼者間秘匿特権（以下「秘匿特権」という。）なる概念との関係で活発に議論がされているところである。

例えば米国では、依頼者と弁護士との間でかわされた秘匿情報についての開示請求を拒否できる法的利益としての秘匿特権がコモン・ローによって規律されており、秘匿特権の要件³⁴⁾を充足している場合には、秘匿特権は絶対的な地位が与えられるとされており、秘匿特権は依頼者が有する法的利益とされている³⁵⁾。

2 我が国における秘匿特権保障の有無及び刑事手続における関連制度

(1) 秘匿特権保障の有無

我が国において秘匿特権を認めた規定は存在しない。

34) United States v. United Shoe Machinery Corporation, 89 F.Supp.357, 358-359 (D.Mass. 1950) は、当該成立要件として、(1) 弁護士・依頼者間秘匿特権を主張する者が依頼者または依頼者になろうとした者であり、(2) 依頼者によるコミュニケーションの相手方が、(a) 法曹資格を有する者またはその補助者であり、かつ、(b) このコミュニケーションに関して法的助言を与える弁護士の立場で行動し、(3) 当該コミュニケーションが、(a) 依頼者によって、(b) 第三者の同席しない状況において提供された事実に関連するものであり、(c) その目的が主として(i) 法律に関する意見、(ii) 法的サービス、または(iii) 法的手続における援助、のどれかを得ることであって、(d) 犯罪や不法行為を行う目的でなされたものではなく、(4) この特権が依頼人により(a) 主張されており、かつ、(b) 放棄されていない場合とする。

35) この点及び米国における秘匿特権の要件の詳細及び当該要件を巡る議論について、安井哲章「アメリカにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル 49 号 46 頁以下参照。ヨーロッパにおける秘匿特権の概要と展望について、今井嘉嘉「ヨーロッパにおける弁護士・依頼者間秘匿特権」刑事法ジャーナル 49 号 56 頁以下、更に我が国と英米法・大陸法の秘匿特権に関する比較法的研究報告として、日本弁護士連合会・弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関するワーキンググループ「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告」(2016 年 6 月)、秘匿特権一般及び我が国における秘匿特権に関する制度及び裁判例を解説したものとして、川出敏裕「弁護士・依頼者間秘匿特権を巡る現状と課題」刑事法ジャーナル 49 号 38 頁以下をそれぞれ参照。

また、裁判例においても、音楽著作権の管理事業を営む一般社団法人（原告及び控訴人）が、独占禁止法7条1項の排除措置命令を受けたことから、同法49条6項に基づく審判請求をしたところ、審判手続中に、公正取引委員会が、同法人の競争事業者から申請された事件記録の謄写を認める決定をしたため、同法人が我が国の現行法制度の下で「弁護士・依頼者秘匿特権」が具体的な権利ないし利益として存在し、この具体的な権利ないし利益は公正取引委員会が利害関係人による閲覧又は謄写の申請に応ずることを拒否することができる「正当な理由」となると主張するなどし、本件開示決定の取消しを求めた事件において、原審³⁶⁾及び控訴審³⁷⁾ともに、現行法制下において、同法人が主張する「弁護士・依頼者秘匿特権」が具体的な権利ないし利益として存在し、それが利害関係人による閲覧又は謄写を拒否する「正当な理由」となると解すべき根拠は見出し難いとし、立法論としてはともかく、現行法上においては秘匿特権が保障されていないことを明言する。

しかしながら、研究者からは、刑事手続においても特定の領域において秘匿特権を認めるのと同様な帰結を導き出すことは不可能ではないとの見解も主張されている³⁸⁾。

そこで、本問の解決に当たり、刑事手続に関し、弁護士と依頼者（被疑者又は被告人）間で交わされた情報に関し、捜査機関その他の第三者による搜索差押え等による探知から保護し得る規定の有無等及びその具体的適用状況について検討する。

（2）押収拒絶権

刑事手続において、一定の要件の下、裁判所又は捜査機関による押収を拒絶することのできる法定の知的専門職³⁹⁾の押収拒絶権（刑訴法105条、捜査機関に対するものは同法222条1項、105条）が認められている。

36) 東京地判平成25年1月31日訟務月報60巻3号546頁。

37) 東京高判平成25年9月12日訟務月報60巻3号613頁。

38) 川出・前掲注35) 41頁。

39) 医師、歯科医師、助産師、看護婦、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、宗教の職に在る者又はこれらの職に在った者であり、本文で後に述べるように、限定列举と解されている。

押収拒絶権の行使により、弁護士又は弁護士の職に在った者を含む同条に列挙された知的専門職は、業務上委託を受けたため、保管し、又は所持する物で他人の秘密に関するものについては、押収を拒むことができる。ただし、本人が承諾した場合又は押収の拒絶が被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く。）場合は、押収を拒むことができない⁴⁰⁾。

同条の趣旨について、裁判例は、「秘密を委託される業務及びこの業務を利用する社会人一般を保護する規定」と解しており⁴¹⁾、通説も本条は業務に対する信頼を保護の対象とする⁴²⁾。より端的に言えば、同条は秘密の委託者と秘密を委託される業務者（弁護士）との信頼関係を保護するものといえる⁴³⁾。

同条における「秘密」とは、非公知性及び秘匿利益を備えた客観的に秘密とされるものに限るとする説がある⁴⁴⁾ものの、前記の業務に対する信頼という趣旨から、委託の趣旨において秘密とされたものも含まれるとするのが通説である⁴⁵⁾。また、押収拒絶権を行使できない場合である「本人が承諾した場合」の「本人」とは秘密の利益主体を指し、秘密の利益主体たる「本人」が自身のためではなく、専ら被告人のためのみに押収を拒絶することは許されない⁴⁶⁾。もっとも、被告人が「本人」である場合は、自らのための証拠隠滅と同様、押収拒絶権行使もやむを得ない行為と考えられるため、押収拒絶権の例外は認められず、この場合は押収を拒絶することができる⁴⁷⁾。

このように、同条が保護する信頼とは、秘密主体である本人と業務者（弁護士）との間の、「秘密」の定義についての立場の違いはあるものの）要保護性のある「秘密」を媒介したことに伴う信頼関係を指すといえよう。

40) 刑法105条には押収拒絶権を行使できない例外事由として、「裁判所規則で定める事由」を挙げているが、当該規則は制定されていない。

41) 熊本地決昭和60年4月25日判タ557号290頁。

42) 藤永・前掲注17) 172頁、渡辺・前掲注14) 327-328頁。

43) 藤永・前掲注17) 172頁。

44) 藤永・前掲注17) 173頁。

45) 渡辺・前掲注14) 329頁。

46) 藤永・前掲注17) 173頁、渡辺・前掲注14) 331頁。

47) 藤永・前掲注17) 174頁、渡辺・前掲注14) 332頁。

また、同条における「委託を受けたため、保管し、所持する物」とは、委託を受けて保管・所持する物に限らず、事務の委託の結果として作成し収集した物も含むと解されている⁴⁸⁾。

したがって、同条によれば、被疑者又は被告人が自己の被疑又は被告事件に関する証拠物等を秘密として弁護士に委託した場合は、当該弁護士は常に押収拒絶権を行使することができるものの、当該証拠物等を弁護士が保管・所持していなければ、押収拒絶権を行使することができないこととなる⁴⁹⁾。

よって、本問は押収拒絶権では解決することはできない。

その意味で押収拒絶権は、米国において認められる秘匿特権とは、その保障の趣旨（依頼者の権利の保護か、業務の信頼か）、保障の範囲（証拠物の所持者は無限定か否か、法律に関する意見等を目的とする依頼者提供事実に関するコミュニケーションか「秘密」かなど）において差異があるといえる。

なお、民事手続では、「第 197 条第 1 項第 2 号に規定する事実…（中略）…で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」については、裁判所に対する文書の提出を拒むことができるとされている（民訴法 220 条 4 号ハ）。これは、同条の知的専門職を信頼して秘密⁵⁰⁾を打ち明けた依頼者等の、当該知的専門職に対する信頼を保護するため、文書の一般提出義務に対する除

48) 藤永・前掲注 17) 172 頁、渡辺・前掲注 14) 330 頁。

49) なお、仮に押収拒絶権が行使できる場合には、弁護士は捜査機関の搜索において押収拒絶権行使を主張することとなるが、押収拒絶権の目的が「秘密性の保護」にあることを根拠に、押収が拒絶された場合には搜索遮断効により搜索もできないとする見解として、渡辺修「弁護士の押収拒絶権と『搜索遮断効』」『河上和雄先生古稀記念祝賀論文集』（青林書院、2003 年）375 頁。

50) この秘密とは、弁護士等が「職務上知り得た事実で」「黙秘すべきもの」（民訴法 197 条 1 項 2 号）であるが、前者は、職務遂行の過程で認識することのできた事実を広く含み、後者は、一般人に知られていない事実であり、それを秘密にしておくことが、秘密の主体にとって一定の利益をもたらす（主観的利益）、かつ、それを公表することにより、その社会的・経済的信用が失墜したり、損失を被ったりするもの（客観的利益）であり、秘密主体の地位や境遇などを総合的に考慮し、社会通念によって判断されると解されている（高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』〔杉山悦子〕244 頁（有斐閣、2017 年）。刑訴法 105 条の押収拒絶権の保護対象となる「秘密」よりも民訴法 197 条 1 項 2 号のそれの方が秘密とすべき客観的利益及び主観的利益を要求する点において限定されているものの、当該秘密の入手過程に関する解釈においては同様と思われる。

外事由を定めたものである⁵¹⁾。同条の趣旨は刑法上の押収拒絶権と変わらない。

もっとも、刑法上の知的専門職の押収拒絶権（及び証言拒絶権）の主体については、前記のとおり通説・判例は限定列举と解するのに対し、民法上の一般文書提出義務の除外事由及び知的専門職の証言拒絶権（民法197条1項2号）に関しては、法令上の守秘義務がある一定の専門的な職業に限り、例外的に同号の拡張的解釈を認めるのが通説である⁵²⁾。また、民法220条4号ハの規定振りからもわかるように、一般文書提出義務の除外事由の及ぶ前記知的専門職が職務上知り得た事実で黙秘すべきものが「記載された文書」は、当該知的専門職が所持しているものに限られていない。そのため、依頼者など、知的専門職の黙秘義務を主張するについて正当な法的利益をもつ所持人は、前記除外事由を主張できるとする有力見解が唱えられている⁵³⁾。このように刑法と民法との間で解釈が異なるのは、刑事手続においては、（裁判所による押収等に関しては）憲法上の要請であるところの公正な刑事裁判を実現するとの要請⁵⁴⁾、（捜査機関による押収に関しては）公正な刑事裁判実現の不可欠の前提である適正迅速な捜査⁵⁵⁾、さらに、（両者共に）「事案の真相を明らかにし、刑事罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」（刑法1条）との実体的真実発見という刑法上の要請があることに依拠するといえよう⁵⁶⁾。

（3）接見交通権及び秘密交通権

それでは本問の搜索差押え請求は許されるのであろうか。

51) 高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』〔三木浩一〕525頁（有斐閣、2017年）。

52) 三木・前掲注51) 525頁。

53) 伊藤真「自己使用文書としての訴訟等準備文書と文書提出義務」『佐々木吉男追悼・民事紛争の解決と手続』（信山社、2000年）426頁、三木浩一「判批」法学研究78巻7号（2005年）101頁。

54) 前掲博多駅事件判示

55) 前掲日本テレビ事件判示

56) この点について、前掲注18)の博多駅事件抗告審決定も、押収拒絶権が105条但書に厳格な制限を設ける趣旨からすれば、同規定の主体は「限定的列举と解すべき」であり、その裏返しとして国民には押収受忍義務があり、当該受忍義務は、「国家の最も重要な任務の一つである司法裁判が実体的真実を発見し法の適正な実現を期するという使命を達するため絶対不可欠のものであることによるものであ[る]」と判示している。

しかし先にも触れたように、Xの居室には弁護人との接見内容を記載するなどした文書等が存在している蓋然性がある。そこで次に、勾留されている被疑者又は被告人と弁護人又は弁護人になろうとする者との間の接見交通権との関係において、捜査機関による搜索差押えという捜査権行使が制限を受けないのかという点を検討する。

a. 接見交通権の意義・根拠

刑訴法 39 条 1 項は、「身体の拘束を受けている…被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と立会人なくして接見…することができる。」と被告人又は被疑者（以下「被疑者等」ともいう。）と弁護人又は依頼により弁護人になろうとする者（以下「弁護人等」という。）との接見交通権を規定している。

憲法 34 条前段の弁護人依頼権は、刑事手続において弁護人等から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障するものであり、接見交通権は、同条の趣旨にのっとり、弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであるから、同条前段の保障に由来するものである。そして、接見交通権は、弁護人等の固有権でもある。このように解するのが判例⁵⁷⁾であり、学説上も異論を見ない。

そして、接見交通権の「由来」であるところの憲法 34 条前段の弁護人依頼権が被疑者及び被告人の防御権を保障するために設けられたものであることからすれば⁵⁸⁾、接見交通権も、究極的には被疑者・被告人の防御権保障のために設けられたものといえる⁵⁹⁾。

なお、接見指定に関する国家賠償請求訴訟に関する判例は、この接見交通権

57) 最（大）判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 卷 3 号 514 頁，判時 1680 号 72 頁，判タ 1007 号 106 頁（安藤・斉藤大法廷判決。「（弁護人依頼権を定めた）憲法 34 条…の趣旨にのっとり，身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し，その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける確保する目的で設けられたものであり」「憲法の保障に由来するものである」）。

最判昭和 53 年 7 月 10 日民集 32 卷 5 号 820 頁（杉山事件判決。「刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに，弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであることはいうまでもない」）。

の自由交通権行使、つまり、いつ接見をするかという自由の点に関し、接見交通権と捜査権行使との間の合理的調整を図る刑法39条の解釈を示したものである⁶⁰⁾。

b. 接見交通権の秘密交通権としての意義・内実

接見交通権には、自由交通権としての側面に加えて、秘密交通権としての側面もある。

刑法39条1項は、弁護人等との接見は「立会人なくして」と定めているところ、これは被告人又は被疑者と弁護人等との間の秘密交通権を確保するためである⁶¹⁾。

この秘密交通権の内容として、単に「立会人なくして」「接見」できるのみならず、事後的に、被告人又は被疑者と弁護人等との間の接見内容を知られない権利の保障まで含むのかという点が問題となる。

この点について、捜査機関、刑事施設（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律3条。以下同法律を「被収容者処遇法」という。）及び留置施設（同法律14条）（以下「捜査機関等」という。）の担当者らが勾留中の被疑者又は被告人に対し弁護人との接見内容を聴取するなどした行為の違法性が問題となった国賠訴訟において、「刑法39条1項は…およそ接見内容について捜査機関はこれを知ることができないとの接見内容の秘密を保障したもの」⁶²⁾、「捜査機関による接見内容の事後的な聴取が実質的には接見交通権を侵害する」⁶³⁾、あ

58) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）595頁、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）340頁、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）243頁、宇藤崇ほか著『刑事訴訟法』（有斐閣、20012年）171頁、田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2012年）131頁、上口・前掲注6）186頁、司法研修所刑事弁護教官室編『平成26年版刑事弁護実務〔追補版〕』（日本弁護士連合会、2015年）35頁も「被疑者・被告人の防御権…を行使することを制度的に担保する権利が被疑者・被告人の弁護人依頼権なのである」とする。

59) 中島基至「最判解」法曹時報66巻8号259頁。

60) この点に関し、大坪丘「判解」『最判解平成11年度刑事編』（法曹会）279頁等参照。

61) 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法〔第3版〕(1)』（立花書房、2011年）〔植村立郎〕454頁。

62) 鹿兒島地判平成20年3月24日判時2008号3頁（取調警察官が勾留中の被疑者から弁護人との接見内容を聴取して供述調書を作成した行為を違法と判断したもの）。

るいは、「秘密交通権は事後的にも接見内容を知られない権利を保障している」⁶⁴⁾として、捜査機関等が接見内容を事後的に聴取する行為が違法性を帯び得ることを肯定するのが裁判例⁶⁵⁾である。

裁判例は、秘密交通権保障が事後的にも及び得る理由として、次の2点を挙げる。

すなわち、接見内容が捜査機関に知られることになれば、これを慮って被疑者等と弁護人等との自由な情報伝達が差し控えられるという萎縮の効果が生じ、被疑者等が弁護人等から有効かつ適切な援助を受けられなくなるおそれがある⁶⁶⁾、また、接見交通権が弁護人の固有権であることから、事後的な捜査機関による前記過程・内容の聴取は当該固有権をも侵害することを挙げる⁶⁷⁾。

弁護人の固有権として秘密交通権が保障されていることを強調することの意味は、被疑者又は被告人が自発的に接見内容を取調べに当たった捜査官に対し

63) 京都地判平成22年3月24日判時2078号77頁（勾留中の被疑者が取調警察官に対し弁護人との接見内容を自発的に話したことを聞き取った行為を適法と判断したもの）。

64) 佐賀地判平成22年12月17日訟月57巻11号2425頁、福岡高判平成23年7月1日判時2127号9頁（上記地裁判決の控訴審。最決平成25年12月19日（LEX/DB25502950）において確定。本文中において概要を紹介。）。

65) 刑事施設である拘置所について、被疑者・被告人とその弁護人であった原告らとの間の信書を開披するなどし、その内容が確認されてその要旨が記録化された上、検察官からの照会に対して当該信書の発受状況が回答されたことなどの国賠法上の違法性が争われた事案において、検察官の照会等及び拘置所の長の記録化が違法であるとしたものとして、後記大阪地判平成12年5月25日判時1754号102頁がある。

また、留置施設である警察署の留置担当官が、接見等禁止決定付きで勾留されていた被疑者から原告である弁護人に対する信書について、被收容者処遇法222条1項に基づく検査として、未封緘封筒内の書面を閲読して発信を拒否したことについて、「接見の内容が捜査機関、訴追機関あるいは留置施設側に知られることになると、それを慮って相互の情報伝達が控えられるという萎縮効果が生じ、被疑者が実質的かつ効果的な弁護人の援助を受けられなくなるおそれがある…ことは、信書による意思疎通・情報伝達においても同様であ[る]…したがって、上記接見と同様の配慮は、[刑訴法39条2項の]「必要な措置」が許容される「書類若しくは物の授受」についても必要[であるものの、前記「検査」は]「接見交通権に対する必要かつ合理的な範囲内の制約であって、弁護人から援助を受ける機会を保障するという憲法34条前段の趣旨を実質的には損なわない」もので、合憲であり、前記担当官の「検査」及び発信拒否は適法であるとしたものとして、京都地判平成24年4月10日LLI/DB判例秘書判例番号LO6750232等がある。

66) 前掲鹿児島地判、平成22年及び平成24年京都地判、前掲佐賀地判及び福岡高判。

て供述した場合にも当該固有権を侵害したとして取調官の行為の違法性を基礎づけ得ることにあると言える。

c. 捜査機関による接見内容の事後的聴取における秘密交通権と捜査権行使との合理的調整

それでは、いかなる場合に、捜査機関の接見内容の事後的聴取が違法になる

67) 前掲鹿兒島地判, 福岡高判。

なお、前掲京都地判は、「被疑者が単独で接見交通権を放棄することは絶対的に許されないわけではない」旨判示した上で、全体を通じる供述調書の作成が終了した後、被疑者が自発的に取調べ警察官に接見内容の話をした際に、その話を聞き取ったものの、詳細を重ねて質問しなかった点について、被疑者の接見交通の秘密を犯されない権利を侵害するものではなかったとした。また、前掲佐賀地判は、原告において、秘密交通権が弁護人等の固有権であることを強調し、捜査機関としては、被疑者等が接見内容を供述し始めた場合、それが自発的か否かにかかわらず、漫然と当該供述を聞き続けることは許されないなどと主張した点に対し、「法的知識に乏しい被疑者等（が）…秘密交通権の持つ意義を十分に理解しないまま安易に…〔接見内容を〕供述するおそれが高く、被疑者等が真に自由な意思で接見内容を供述したか否かの判断は厳格にすべき」としたものの、「秘密交通権が究極的には被疑者等の防御の利益を保障するものであることからすると…被疑者等が、真に自由な意思で接見内容を供述した場合には、もはや秘密性保護の必要性が低減したものと見え（る）」と判示し、結論として、検察官の被疑者からの接見内容の聴取行為は違法ではないとした。

これに対し、前記佐賀地判の控訴審である福岡高判は、被疑者は、一般に法的知識に乏しく、身柄拘束の体験をしたことがなく、時には捜査官と勾留担当裁判官や弁護人との区別も性格に認識できないところ、弁護人の援助を受ける機会を実質的に確保する目的で、秘密交通権を弁護人固有の権利と位置付けている以上、取調べの際に被疑者が自発的に接見内容を供述したとしても、そのことをもって、前記固有の権利を保護する必要性が低減したということはできないとし、原判決である佐賀地裁の判断を変更して、前記検察官の聴取行為の一部を違法と認定しており、当該固有権について、被疑者による放棄を容易には認めないという意味での独自の意義を持たせているように思われる。

また、前掲鹿兒島地判は、捜査機関が被疑者らと弁護人らとの接見内容を積極的に調書化する捜査方針を立て、組織的にこれを聴取して調書化し、捜査官が被疑者らに接見内容を供述するよう執ように働きかけるなどした事案において、被疑者らが接見内容を自発的に供述したことをもってしても、弁護人の固有権である接見交通権の放棄があったとはいえない旨判示しているところ、これは弁護人の固有権侵害の問題というよりは、同判決が認定した上記の接見内容聴取及び調書化の実態からすれば、そもそも被疑者らにおいて、接見の秘密性につき有効な放棄があったとは認められない場合であったと考えられる（中桐圭一「弁護人との接見時のやりとりに関する尋問」判タ1322号43頁参照）。

のであろうか。

これまでのところ、秘密交通権の保障が絶対的であり、捜査機関による接見内容の事後的聴取を一律違法と判示した裁判例は見当たらず、裁判例は秘密交通権と捜査権行使との合理的調整により解決を図っている。

(a) 福岡高判平成 23 年 7 月 1 日の示した合理的調整

裁判例において、秘密交通権も捜査権行使に伴う制約に服することがあることを前提として、参考となる判断枠組みを提示したのが、福岡高判平成 23 年 7 月 1 日（原判決は佐賀地判平成 22 年 12 月 17 日）である。

本判決は、殺人未遂の被疑事実で逮捕・勾留された被疑者の弁護人（原審である前掲佐賀地判の原告、本判決の控訴人。以下「原告・控訴人」という。）が⁶⁸、当該刑事事件の担当検察官において、被疑者から弁護人との接見内容を聴取するなど⁶⁸した行為が控訴人の固有権たる秘密交通権の違法な侵害に当たるなどと主張して国家賠償法による損害賠償請求をしたというものである。

判断枠組みの射程を正確に吟味する観点から、具体的な事案を紹介すると次のとおりである。すなわち、被疑者は、殺人未遂の被疑事実での逮捕後、担当検察官を含む捜査機関に対しては殺意を認める旨供述していた。一方において、弁護人は、逮捕当日の被疑者との接見後、報道機関に対して「被疑者は殺意を否認している。」旨コメントし、逮捕翌日には当該コメントが新聞報道された。そこで、担当検察官は、被疑者供述の信用性を吟味するために多角的な取調べを行った。被疑者は、その後の取調べにおいても担当検察官に対し、一貫して殺意を認めて詳細に供述していたところ、担当検察官は勾留 8 日目の取調べ⁶⁹において、①新聞報道にあるとおり、弁護人に殺意を否認したことがあるかと質問し、②（これを肯定した被疑者に対し）その理由を質問し、③（罪が重くなると思ったと供述した被疑者に対し）殺意を認めると罪が重くなることは弁護人から言われていたことか、それとも被疑者自身が知っていたことかと質

68) 原告・控訴人は、本文の聴取行為のほか、被疑者の署名指印を経て供述調書化した行為、起訴後、当該供述調書を被告事件係属裁判所に証拠調べ請求した行為についても違法と主張していた。

69) 被疑者は勾留 10 日目に殺人未遂で起訴されている。

問し、④(弁護人からも言われたが、前から知っていたと供述した被疑者に対し)殺意否認供述は虚偽であることを弁護人に伝えているかと質問し、被疑者から肯定する供述を得るなどしたのである。

原判決は担当検察官の①から④までの聴取行為を適法とした。

これに対し、本判決は、「刑法39条1項所定の秘密交通権は、憲法34条の保障に由来するものであり、同条にいう「立会人なくして」との文言は、接見に際して捜査機関が立ち会ってはならないということの意味するにとどまらず、弁護人等の固有権として、接見終了後においても、接見内容を知られない権利を保障したものであると解するのが相当であること、他方で、憲法が刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提としていることに照らし、被疑者等と弁護人等との接見交通権は、刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものとはいえないこと、しかしながら、捜査機関は、刑法39条1項の趣旨を尊重し、被疑者等が有効かつ適切な弁護人等の援助を受ける機会を確保するという同項の趣旨を損なうような接見内容の聴取を控えるべき注意義務を負っているといえ、捜査機関がこれに反して接見内容の聴取を行った場合、捜査機関の接見内容の聴取行為は国賠法上違法となると解すべきであ〔り〕…これに違反して職務行為を行った場合に、当該職務行為は、国賠法上違法となると解すべきである」とし、捜査機関による接見内容の事後的聴取を一律違法とする秘密交通権の絶対的保障を否定しつつ、捜査機関による被疑者に対する取調べを含む捜査権行使による制約あるいは当該捜査権との合理的調整に服するとした。これは原判決も同様であった。

しかし、本判決は、かかる合理的調整のため、原判決が提示した検察官の注意義務違反の判断基準である、「〔捜査機関の〕聴取の目的の必要性、聴取した接見内容の範囲、聴取態様等諸般の事情を考慮して決すべき」という点、及び、被疑者が接見内容を自発的に供述した場合の秘密性の放棄の有無に関して「接見交通の一方当事者である被疑者等が自発的に供述した場合にはもはや秘密性の保護の必要性は低減し、その態様によっては接見内容を聴取することが許容される場合もある」とした点について、「原判決とは見解を異にする」とした。

そして原判決は、具体的な捜査権行使との合理的調整に当たっては、「秘密交通権の保障を最大限尊重すべきであり、被疑者等と弁護人等との自由な意思疎通ないし情報伝達に萎縮の効果を及ぼすことのないよう留意することが肝要であって、刑法 39 条 1 項の趣旨を損なうことになるか否かについても、かかる観点から慎重に判断すべき」とした。

また、被疑者が自発的に接見内容を供述したことの評価についても、「一般に法的知識に乏しく、あるいは逮捕、勾留等捜査官憲による身柄拘束を体験したことがなく、時には捜査官と勾留担当裁判官や弁護人との区別も正確に認識できない被疑者等に対し、唯一の後ろ盾といってよい弁護人の援助を受ける機会を実質的に確保する目的で、秘密交通権を弁護人等の固有権と位置づけている以上、取調べの際に被疑者等が自発的に接見内容を供述したとしても、そのことをもって、弁護人固有の秘密交通権を保護する必要性が低減したということとはできない」と判示し、捜査機関による接見内容の事後的聴取による萎縮効果への留意及び弁護人の固有権保障の実質的意義を強調した。

その上で、本判決は、「捜査機関は、被疑者等が弁護人等との接見内容の供述を始めた場合に、漫然と接見内容の供述を聞き続けたり、さらに関連する接見内容について質問したりすることは、刑法 39 条 1 項の趣旨を損なうおそれがあるから、原則としてさし控えるべきであって、弁護人との接見内容については話す必要がないことを告知するなどして、被疑者等と弁護人等との秘密交通権に配慮すべき法的義務を負っているものと解するのが相当である。」としたのである。

そして本判決は、結論として、前記①の聴取は、弁護人の報道機関への公表により秘密性が喪失していることから前記の性質の萎縮効果を及ぼすものではなく、前記②の聴取は、接見内容とは無関係に供述変遷理由を尋ねる類の質問であることから、前記法的義務に違反する聴取行為ではないとしたのに対し、前記③及び④は、秘密性の失われていない接見内容そのものを聴取する行為であることから前記法的義務に違反するとした。

(b) 合理的調整に反対する見解

学説には、被疑者又は被告人と弁護人等との間の秘匿特権は、弁護権の内容

をなす防御権行使としての被疑者又は被告人と弁護人等との間の通信の秘密にかかる権利であり、これは、被疑者又は被告人と弁護人等との間の口頭による接見の際の秘密性はもとより、文書等の授受による通信の秘密性をも含意しているとし、当該秘匿特権は、憲法34条前段と37条3項の弁護権（弁護人選任権）に由来する接見交通権の秘密性を被疑者又は被告人と弁護人等との間の通信の秘密の保障という場面で具体化したものである位置付け、当該秘匿特権は接見交通権の秘密性によって絶対的に保障されているとするものがある⁷⁰⁾。

このような立場によれば、被疑者又は被告人と弁護人等との間の接見内容を捜査機関が聴取することは、弁護人が接見において偽証教唆などの罪証隠滅工作をした場合のように秘密交通権の保障が及ばないような特段の事情がない限り違法になることになろう⁷¹⁾。

さらに、被疑者段階の接見の自由については、刑訴法39条3項という規定があることから、「接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整」⁷²⁾を図ることはあっても、接見の秘密についてそのような規定がない以上、捜査機関が取調べにおいて被疑者から接見内容を聴取することは許容されず、また、たとえ接見内容の一部について秘密性が喪失したとしても、その一部の事項の範囲に不明確さが残ることから、一部でも聴取が許されれば聴取が許されない秘密事項にまで聴取が及ぶのではないかとの懸念から萎縮効果が生じ、接見交通権の保障が損なわれることから、捜査機関による事後的聴取はおおよそ許容されないとの見解もある⁷³⁾。

70) このような秘匿特権の絶対的保障を前提とする見解は、本文で紹介した捜査機関等による接見内容の事後的聴取や、後記の被疑者又は被告人と弁護人等との間の信書の押収行為の違法性を主張した国家賠償請求訴訟の原告側において唱えられている。論稿としては、例えば、村岡啓一「接見禁止決定下の第三者通信をめぐる刑事弁護人の行為規範」『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 上巻』（日本評論社、2005年）31-32頁、42-43頁、渡辺直行「被疑者・被告人と弁護人間の文書等の差押え（秘匿特権）」刑事法ジャーナル46巻61頁等を参照。

71) この点について、中桐・前掲注67)43頁参照。なお、前掲注62)鹿児島地判も「捜査妨害的行為等接見交通権の保護に値しない事情等特段の事情のない限り」、捜査機関が事後的に接見内容を聴取することは弁護人の接見交通権をも侵害するとしており、接見交通権の保護が及ばない接見行為が存在することを認める。

72) 前掲注57)最（大）決平成11年3月24日。

しかしながら、本判決を含め裁判例はこのような見解に立たずに、前記の合理的調整による解決を図るところ、前記のとおり、公正な刑事裁判を実現することが憲法上の要請であるとともに、当該刑事裁判のための不可欠の前提として適正迅速な捜査が位置付けられていること、さらに、刑罰権発動のための捜査権行使が国家の権能であることも前提としており、捜査権行使に当たる捜査機関には取調権が認められていることからすれば、事後的聴取の問題も合理的調整によって解決を図るべきである。

d. 捜査権行使の内実としての取調べの位置付け

憲法は、刑罰権の発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提としており、捜査権を行使するためには身体を拘束して被疑者等を取り調べる必要があり、憲法もこのような取調べを否定するものではないことは判例も認めるところである⁷⁴⁾。

このような捜査権の行使としての捜査機関による取調権限は刑訴法に定められている。

刑訴法 198 条 1 項は、被疑者について、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」、同法 223 条 1 項は、被疑者以外の者（以下「参考人」という。）について、「出頭を求め、これを取り調べ…ることができる。」と規定し、捜査機関の被疑者及び参考人に対する取調権限を認めている。また、かかる規定がある以上、取調べにより事案の真相を解明するのは捜査機関の責務であるともいえる⁷⁵⁾。

被告人についても、判例⁷⁶⁾は、「起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならない」ものの、「刑訴法 197 条…は捜査官の任意捜査につ

73) 葛野尋之「判批」判時 2148 号 158-159 頁。

74) 前掲注 57) 最（大）判平成 11 年 3 月 24 日。

75) 犯罪捜査規範 166 条参照。

76) 最決昭和 36 年 11 月 21 日刑集 15 卷 10 号 1764 頁，最決昭和 57 年 3 月 2 日裁判集刑事 225 号 689 頁。

いて何ら制限していないから、同法198条の『被疑者』の文字にかかわりなく、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行うことができる」と判示し、被告人に対する捜査機関の取調権限も認めている。

捜査機関には単に取調権限があるだけではなく、逮捕勾留されている被疑者については、198条の文理上、出頭滞留義務及び取調べ受忍義務があると解するのが捜査実務及び裁判例であり⁷⁷⁾、私見ももとよりこの立場である。この点について、学説には、出頭滞留義務自体を否定するもの、出頭滞留義務を肯定する一方で取調べ受忍義務を否定するものが多く、当該受忍義務を否定する立場から、秘密交通権保障の絶対性を主張する見解もある。しかしながら、接見交通権のうち自由交通権と捜査権の行使との合理的調整を図った刑法39条3項の「捜査のため必要があるとき」の「捜査」は強制処分や一定の受忍義務を課しているもののみを意味しているのではないことは条文解釈上明らかである上、判例もこの調整に関しては被疑者の身柄を利用した実況見分⁷⁸⁾も含む捜査遂行との間の調整を図っている。つまり、接見交通権と合理的調整を図るべき捜査権の行使とは、捜査機関が法的権限に基づいて行う捜査を指しているといえる。そうすると、被疑者の出頭滞留義務や取調べ受忍義務の有無と秘密交通権保障の絶対化の可否とは論理必然的な関係はないといえよう。

そして、取調自体が捜査権行使において不可欠のものであることは本判決(及び原判決)も認めるところである。すなわち、本判決の「接見交通権については、刑法39条3項本文に定める制限事項(日時・場所・時間)による調整しか許されないとして、捜査権の行使と秘密交通権の保障とが抵触する場合において、一切調整の余地を認めない」旨の原告・控訴人の主張(これは前記学説と同旨である。)について「しかしながら、刑法上、被疑者の取調べは、被疑者の弁解、主張を含む供述を聴取して犯罪の嫌疑を明らかにし、起訴、不起

77) 伊藤榮樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕(3)』〔東條伸一郎〕(立花書房、1997年)85頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕(4)』168頁〔河上和雄＝河村博〕(青林書院、2012年)、川出敏裕「判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」42-43頁(立花書房、2016年)、佐賀地決平成16年9月16日判時1947号3頁、仙台高判昭和55年8月29日判時980号69頁等。

78) 前掲注57)最(大)判平成11年3月24日。

訴を決定し、また、その後の公判手続を含めて、刑罰法令を適正に適用するために不可欠なものと位置づけられており、捜査機関は、被疑者から当該事件の詳細を聴取することはもちろんのこと、供述内容の真偽を明らかにするために、その供述の信用性を十分に吟味することが必要となるところ、被疑者等が…〔供述を変遷させるなどした場合〕…取調べに当たっている捜査官が被疑者等に対しその供述を変えた理由等について聴き出そうとするのは、捜査官として当然であり、また職責でもあるから、こうした際に、被疑者等の供述が弁護人等との接見内容に及ぶことはままたり得ることであって、その限度において、捜査権の行使が秘密交通権の保障と抵触することは、事実としては承認せざるを得ないところである（その意味において、捜査権を適正に行使しようとしさえすれば、およそ接見内容を関知する契機が生じる余地はなく、聴取する必要も調整する必要もないとも受け取れる旨の控訴人の主張は採用することができる。）」との判示（原判決も同旨である。）からも明らかである。

このように秘密交通権と取調べとの抵触が問題となる場合、裁判例は取調べもまた国権の権能である捜査権行使の不可欠の前提として、秘密交通権が常に取調べに優先するとの見解を採用していない⁷⁹⁾。

また、かかる合理的調整は、判例が前記のように国家の権能としての捜査権行使のうち、搜索差押えと憲法上の保障の下にある報道の自由や憲法上尊重されるべき取材の自由といった重要な権利利益との抵触場面において、搜索差押えの必要性の中で被処分者の不利益として当該重要な権利利益の侵害程度を斟酌して合理的調整を図っていることとも整合するものといえる。

e. 合理的調整による具体的解決（捜査機関による接見内容の事後的聴取の許される場合）

裁判例を前提に捜査機関による接見内容の事後的聴取が許される場合は次のとおりといえる。

前記のとおり、秘密交通権は究極的には被疑者又は被告人の防御の利益のた

79) 捜査実務における取調べの真相解明に占める役割の重要性について、稲田伸夫「被疑者の取調べ—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』（2002年、悠々社）193頁以下参照。

めに設けられたものであるから、被疑者又は被告人が秘密交通権に係る利益を自ら放棄したような場合には、同人らの自己決定に反してまで上記援助を要するとまで解するのは相当ではなく、弁護人の固有権も同時に消滅すると解するべきであろう⁸⁰⁾。

この点において、前記福岡高判が、被告人の自発的供述をもってしても弁護人の固有権としての接見交通権保護の必要性が低減したということができないと判示した点については、「一般に」「法的知識に乏しい」、「身柄拘束」が初経験、被疑者等の面前に現れる「検察官と勾留担当裁判官や弁護人との区別も正確に認識できない」といった被疑者等の性質に配慮した上で、被疑者等による接見における秘密性の放棄が有効になされたのかという点を判断すべきという趣旨に受け止めるべきであり、被疑者等が前記秘密性を放棄することはおよそあり得ないとしたものと捉えるべきではない⁸¹⁾。

また、前記福岡高判が、秘密性が失われた事項については、たとえそれが接見時の意思疎通・内容に関わる事項であったとしても、検察官による聴取が許容されるとしたのは、秘密性が失われた事項であれば、当然ながら必要にして相当な⁸²⁾捜査権行使に基づく取調べが許容されることを意味しているのであり、まさしく秘密交通権及び秘密交通権と捜査権行使との合理的調整を図っていることを示すものといえよう。

そのほか、接見自体が証人威迫等の犯罪行為の共謀や教唆等に関するものである場合⁸³⁾はもとより、弁護人による接見内容が被疑者又は被告人に虚偽供述を

80) 中桐・前掲注 67) 40 頁、加藤俊治「判批」警察学論集 64 巻 10 号 178 頁、中島・前掲注 59) 260 頁。

81) 中島・前掲注 59) 250 頁参照。

82) 刑法 197 条 1 項本文参照。

83) 東京地判平成 28 年 5 月 6 日 LLI/DB 判例秘書判例番号 LO7130646 は、V ちに売春婦を派遣して売春を周旋したとして売春防止法違反に問われた X の弁護人であった被告人が、V と共謀の上、V を強談威迫することを企て、V に対し「訴訟の告知」と題する書面を送るなどして、正当な理由がないのに強談威迫の行為をした事件では、その有罪判決の量刑の理由において、「被告人は、X から、前記書面の送付を執ように依頼されるや、それを承諾し、X が作成した原案に手を入れ、接見禁止中の X に代わって実際に証人予定者に前記書面を郵送した」と判示されており、弁護人である被告人と X との間において、接見や信書のやりとりの機会に証人威迫の共謀が成立したことが伺える。

勤めるとか、罪証隠滅工作などの捜査妨害行為（以下前記犯罪行為、虚偽供述遡進、罪証隠滅工作等の捜査妨害行為を単に「捜査妨害行為」という。）に及ぶような場合には、当該接見内容に係る秘匿利益は刑訴法 196 条に反するものとして保護されず、捜査機関においては、捜査を進める上でかかる捜査妨害行為の有無を調べることは必要かつ相当であることから、捜査機関が被疑者又は被告人からその点を聴取することは許されるというべきである⁸⁴⁾。

もっとも、このような場合であっても、被疑者若しくは被告人又は弁護人等による捜査妨害行為か否かについては、後日の刑事及び民事事件双方の紛糾を避けるべく、客観的証拠あるいは信用性ある供述等に基づく的確な判断に基づいてなされる必要があることはいうまでもない。

（4）秘密交通権と捜査機関による搜索差押えとの合理的調整

そこで問題は、捜査機関の探知する行為が搜索差押えである場合はどのように判断すべきなのかという点である。

まず確認すべきことは、刑訴法 39 条 1 項の「立会人なくして」の文言は「接見し」にのみ係り、「書類若しくは物」にまでは係らないということである⁸⁵⁾。

すなわち、身体の拘束を受けている被疑者又は被告人は、弁護人等との間で

84) 中桐・前掲注 67) 43 頁、中島・前掲注 59) 262 頁。なお、中桐は、前掲論文において、弁護人の弁護活動ないし防御活動の範囲を著しく逸脱し秘密交通権を濫用しているとして、大阪弁護士会が弁護士を 3 か月間の業務停止処分にした例として、「平成 21 年 6 月、同会所属の弁護士が、被告人との接見の際、被告人から共犯者らに証拠隠滅のための口裏合わせを指示する内容の伝言を依頼され、これを電話及びメモによって共犯者らに伝えたほか、接見の際、録音機を持ち込み、共犯者に証拠隠滅のための口裏合わせを指示する内容の被告人の肉声を録音した上、当該録音音を第三者を介して共犯者に聞かせた」という事例を紹介している。

なお、接見前後に被疑者等の供述が不当に変更した場合には供述変遷理由を確認するために接見内容の聴取も許されるとする見解として、伊藤榮樹「三訂刑事訴訟法の実問題」（1984 年、立花書房）158 頁、安西温「改訂刑事訴訟法下」（1982 年、警察時報社）736 頁、藤原彰「弁護人の秘密交通権と捜査をめぐる問題点について」法務研究報告書 62 巻 2 号 150 頁がある。

85) 植村・前掲注 61) 461 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕（1）』445 頁〔河上和雄＝河村博〕（青林書院、2013 年）等。

書類又は物の授受をすることができる(刑訴法39条1項)。この書類及び物には当然ながら被疑者又は被告人と弁護人との間の信書も含まれることになる。しかしながら、当該書類及び物の授受には「立会人なくして」なされるものではなく、法令で、被疑者又は被告人の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐための必要な措置を規定することできるとされており(刑訴法39条2項)、この法令上の必要な措置に該当するものが、被収容者処遇法である⁸⁶⁾。

具体的には、身体の拘束を受けている被疑者等が弁護人等との間で信書⁸⁷⁾の発受をする場合において、刑事施設の長又は留置業務管理者は、その指名する職員に、当該被疑者等が弁護人等から受ける信書については、当該信書に該当することを確認するために必要な限度において検査を行うものとされる(被収容者処遇法135条1項、2項、222条1項、3項1号イ)。また、当該被疑者等から弁護人等が受ける信書については、前記指名する職員において検査をし、発受によって罪証隠滅の結果を生ずるおそれがあるときなどに該当する場合には、その発受を差し止めることなどができるとされている(同法135条1項、136条、129条1項、222条1項、224条1項)⁸⁸⁾。

86) 林真琴ほか著『逐条解説刑事収容施設法〔改訂版〕』(有斐閣, 2013年) 687, 694頁。

87) 特定人から特定人に宛てられた、意思や事実などを伝達するための文書図画のことをいうとされている(林ほか・前掲注86) 639頁)。

88) 被疑者又は被告人が弁護人等から受ける信書についての「確認するために必要な限度」とは、弁護人等から受ける信書に該当することが確認できるかといった程度の検査であり、当該事項が確認されれば、それ以上検査を行うことはできないものである。これに対して、被疑者又は被告人が弁護人等に対して発する信書についての検査とは、信書以外の金品の同封の有無の確認、信書の発受の相手方の確認、記述内容の確認のいずれにも及ぶこととされている。

信書の確認の程度が違う理由についてであるが、前者については、「立会人なくして」接見する権利が保障されていることに配慮するとともに、弁護人等が発する信書に不適切な記述をすることは、通常、想定されないことを踏まえたためであり、後者については、信書の発受自体は「立会人なくして」の点が要請されておらず、被疑者又は被告人が発信する信書については、罪証の隠滅の結果を生ずるおそれのある記述などの不適切な記述がなされることが十分想定されること、当該不適切な記述がなされた信書が弁護人等から弁護人等以外の者に交付されて転々流通することも想定されるためである(林ほか・前掲注86) 688頁以下)。

また、刑訴法上は、被疑者又は被告人が収容・留置されている居室内の搜索差押えも前記のとおり理由と必要性を満たせば行い得ることもいうまでもないといえる。

しかしながら、当該被疑者等と弁護士等との間における信書の授受は、両者間の接見を補完するものとして日常的に行われている上、勾留期間の経過に伴い、当該被疑者等の居室には、弁護士等との接見の準備のための書面及び接見内容をまとめた書面等も存在されていることが予想される。またこれらの書面は必ずしも接見内容に関するものが記載されていることがわかるような体裁のもの（例えば「被疑者ノート」等）に記載されている場合ばかりではない。

さらに、接見交通権及び秘密交通権は、究極的には被疑者又は被告人の防御のための権利であるところ、当該被疑者等の居室には、弁護士等との間の接見及びこれを保管する信書のやりとりに基づき、当該被疑者等がまとめた防御準備のための資料や防御内容そのものが記載された書面等が存在する可能性もある。

このようなことから、いずれも被告人段階の事案であるものの、以下のような裁判例が出ている。すなわち、捜査機関が弁護士等との間の信書を含めた被告人の信書の発受状況及びその内容を被告人勾留中の刑事施設に照会し、その回答を得た上で、当該回答を被告人の接見禁止等請求等に使用したことについて、秘密交通権の実質的保障が弁護士等との信書の授受に及ぶことを前提に、当該信書を入手する捜査機関の行為の違法性を認定するものがある。また、近年では、勾留されている被告人の罪証隠滅工作が認められる状況において、捜査機関が当該被告人の刑事施設の居室の搜索差押許可状を請求した行為等が違法であるとした裁判例が出ている。さらに、搜索差押えとは場面が異なるものの、検察官が被告人の公判供述の変遷理由等を捜査するために、被告人から便せん及びノート等の任意提出を受けたものの、これらの文書に弁護士等との接見内容が記載されていたことから、当該任意提出を受けた行為が違法であるとされた裁判例も出ている。

そこで、以下、これら裁判例を順次概観し、裁判例における判断枠組みを考察することとする。

a. 大阪地判平成12年5月25日判タ1061号98頁（いわゆる高見・岡本国

賠事件)

(a) 事案の概要

本件は、弁護士である原告らが、強盜被告事件の共犯者として起訴されていた被告人兩名(刑事施設勾留中)と兩名の弁護人であった原告らとの間の信書について、刑事施設の長により開披され、又は未封緘のままで、その内容が確認されてその要旨が記録化された上、検察官からの照会に対して前記信書の発受状況(信書の内容の要旨を含む。)が回答されたこと、並びに、検察官が前記回答書を裁判所に対する接見禁止の申立ての疎明資料及び検面調書の特信性を立証するための証拠として使用したことについて国賠法上違法であるとして損害賠償請求をした事件である⁸⁹⁾。

(b) 本判決の判断

本判決は、旧監獄法施行下の拘置所における被告人と弁護人との間の信書についての検査について、「刑訴法 39 条 1 項は、弁護人との間の信書については開披しないままその授受を認める扱いまでを要求しているものと解することはできない。そして、混入物の存否や実際に弁護人との間の信書であるか否か等の確認を許容する以上、その目的の限度で信書を開披し、その内容を収容施設側が閲読することも、許容されているといわざるを得ないというべきである。」としたものの、「信書の内容をできる限り捜査機関、訴追機関及び収用施設側に秘密にすることを保障するのが刑訴法 39 条 1 項の趣旨であることからすると、収容施設における信書の内容の閲読は、あくまで右の限度で認められるも

89) 本判決の認定事実は、以下のとおりである。

検察官は、被告人兩名が捜査段階においては強盜被告事件を自白していたが、公判段階になっていづれも共謀及び強取行為を否認したことから、被告人兩名が関係者を通じるなどして罪証隠滅工作に及んでいると考えた。そこで、検察官は、刑事施設の長に対し、弁護人との間の信書を含めた全ての信書の発受及びその内容の照会をした(検察官は当該刑事施設において弁護人との信書の発受状況を除外しなければ、これも含めて回答する取扱いであることを知っていた。)。その結果刑事施設による弁護人との間の信書を含めた回答書中、被告人同士が口裏合わせをしている内容の信書のやりとりがされていることが判明したことから、検察官は、前記回答書全てを疎明資料として接見禁止の申立てをするなどした。

しかし、検察官は前記照会の際、被告人兩名が弁護人らと通じて罪証隠滅工作を行っている可能性があるとは考えていなかった。

ので、それ以上の内容の精査は許されないというべきである。更に、右の信書の内容を収容施設において記録化することまで同項が許容しているとは考えられない。」として、検察官の照会を違法とし、拘置所の長の記録化も違法とした。

b. 大阪地判平成 27 年 3 月 16 日判時 2315 号 69 頁，控訴審大阪高判平成 28 年 4 月 22 日判時 2315 号 61 頁

(a) 事案の概要

検察官 X は、平成 21 年 9 月 30 日に強盜被告事件で起訴された A の公判を担当していた。

A は、別件事件での勾留中において、強盜被告事件を否認していたものの、別の刑事施設で勾留中の共犯者 B が自白したことから自白に転じ、強盜被告事件での起訴後の平成 21 年 11 月 13 日の公判期日においてもこれを維持していた。しかし A は、平成 22 年 2 月 3 日実施の被告人質問において強盜被告事件の共謀及び実行を否認するに至った。同被告事件の係属裁判所は、X の請求を受け、A について刑法 81 条に基づき接見等禁止の決定をした（同決定は 8 月 2 日まで継続した。）。さらに、A は 2 月 26 日の公判期日において、強盜被告事件の実行犯は B 及び既に死亡した C であり、A には同事件当時、D（別の刑事施設で勾留中）に覚醒剤を配達したアリバイがあるとの新たな供述をするに至った。そこで、前記裁判所は、強盜被告事件について期日間整理手続に付する決定をした。

一方 X は、A ほか関係者の刑事施設等から接見及び信書の発受に関する回答を受けるなどした結果、3 月 10 日までは、A において、前記 2 月 3 日までの間に、B 及び D らに対し、強盜被告事件の偽証を教唆する等の罪証隠滅工作を行おうとしていることを把握し、3 月 30 日には、A の弁護人が D と接見し、同接見において、D が A のアリバイ証人として証言する旨述べていることも把握した。

4 月 1 日、A の公判担当検察官は X から Y に交替したところ、6 月 9 日の強盜被告事件の第 3 期日間整理手続において、B 及び D 等の証人尋問が決定された。

そこで、Yは、6月29日、搜索すべき場所をAの刑事施設の書信室⁹⁰⁾及びAの居室等とし、差し押さえるべき物を「本件に関係ありと思料される、はがき、手紙…(中略)…等の記録関係文書及び物件、スケジュール帳、アドレス帳…(中略)…等の行動関係書類、書籍、並びに本件関連文書及び物件」とし、犯罪事実を強盗被告事件の公訴事実とする搜索差押許可状を請求し、7月1日には搜索すべき場所をAの刑事施設の領置倉庫⁹¹⁾とするほかは6月29日請求に係るものと同じ搜索差押許可状を請求し、いずれも令状担当裁判官が同許可状を発付した。

平成22年7月2日、Yの指示を受けた検察事務官3名は前記刑事施設において搜索差押えを行った⁹²⁾結果、Aの居室及び書信室から、弁護人宛の書き損じ等が含まれた便せん1束、弁護人宛の信書1束(以下「本件手紙」という。)、D宛の信書1通、D差出しの信書2通等を差し押さえ、領置倉庫から、「尋問事項」と題する書面(以下「尋問事項書」という。)、D差出しの信書2通等を差し押さえた。

これに対し、原告であるA及びその弁護人は、本件搜索差押許可状を発付した令状担当裁判官及び本件搜索差押許可状を請求及び執行したYにより、Aは秘密交通権、秘匿権、防御権を侵害されたと主張し、弁護人は弁護権を侵害されたと主張して、国賠法に基づく損害賠償請求をした。

(b) 原判決の結論

原判決は、本件搜索差押許可状の請求は、書信室の請求以外はいずれも搜索差押えの必要性を欠くものであって違法であり、よって搜索差押えも違法であるとしたが、令状担当裁判官による本件搜索差押許可状の発付は違法ではない

90) Aの勾留されていた刑事施設の書信室とは、接見禁止中の被告人が収容中に弁護人等以外の者との間で発受した信書を保管することになっていた部屋のことである。

91) 前記刑事施設の領置倉庫とは、居室内で使用することが許されない物(金具のついた手帳も含まれる。)や、移送された際に収容者が居室内に保管したいと申し出ていない物を保管していた。なお、収容者は領置倉庫内の物をいつでも宅下げしたり、廃棄したりできるとされていた。

92) Yの指示に従って搜索差押を執行した検察事務官は、B、Dといった罪証隠滅対象者の氏名の出てくる文書又は第三者に対する言伝を依頼する文書かという判断基準により押収物を選別した。

とした。

(c) 原判決の判断枠組み

原判決の判断枠組みは次のとおりである。

すなわち、原判決は、搜索差押許可状請求の違法性判断基準について、搜索差押えの理由のほか必要性の疎明がされなければならない、必要性については、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無その他諸般の事情からうかがわれる搜索差押えの必要性和、搜索差押えによって受ける被差押者の不利益の程度等を比較衡量し、明らかに搜索差押えの必要性がないといえる場合には、搜索差押許可状請求は却下されるべきである。」と前記國學院大学事件の判断枠組みを踏襲した。

その上で原判決は搜索差押えの必要性の判断要素において、①時期が第1回公判期日後であるという点、②搜索差押え場所が勾留中の被告人の居室等であるという点を踏まえた慎重な判断が求められるとした。

すなわち、搜索差押えの時期が第1回公判期日後であるという点から、公判中心主義及び当事者対等の原則の要請が働くことや予断排除の要請が低減した受訴裁判所において刑法99条1項の搜索差押えを行うことができる段階であることから、「原則として、捜査機関が搜索差押えを行うことは許されず、例外的に、受訴裁判所による搜索差押えを待っては、搜索差押えの実効性を図ることができないような場合、例えば、被告人又はその意を受けた第三者による罪証隠滅のおそれがあり受訴裁判所の搜索差押えではその実効性が図られないような場合にのみ許されると解する」との判断を示した。

この点について、原判決が述べる「受訴裁判所による搜索差押えを待っては搜索差押えの実効性を図ることができない場合」を検討するに際しては、捜査機関による搜索差押えと受訴裁判所による搜索差押えの相違点を念頭に置いておく必要がある。すなわち、制度面での相違点としては、当事者対等の原則及び公判中心主義の要請から、受訴裁判所の搜索差押えについては、刑法113条1項及び2項から、急速を要する場合以外は身柄拘束をされている被告人以外の訴訟当事者に搜索差押えの立会権及び当該立会権者への事前通知が求められている（刑法222条1項は同法113条不準用、なお222条6項。）。したがって、

受訴裁判所による搜索差押えでは原則として事前に弁護人を通じて被告人に搜索差押えがあることが知られることになる。また、実務面の相違点でいえば、受訴裁判所による搜索差押えに比して捜査機関による搜索差押えの方が機動的かつ迅速になされることが挙げられる。原判決は、以上の相違点を踏まえて「実効性を図ることができない場合」なのか否かを判断する旨述べているといえよう⁹³⁾。

そして、原判決は、前記例外的場合かどうかは、「搜索差押えの必要性を判断する際に考慮することとなる」とした。その上で、原判決は、本件事案のように勾留中の被告人の居室等を搜索場所とする場合には、「弁護人と接見した内容や防御構想等を記載した書面などの防御方法が集積することが予想されること」も考慮して「〔前記〕必要性については慎重な判断が求められる」とした。

このように原判決は、本件事案のような搜索差押えにおいても、秘密交通権を侵害するか否かを別個独立して判断するのではなく、専ら搜索差押えの理由及び必要性という要件の中でその搜索差押えの適否を判断すべきという判断枠組みを提示したといえる⁹⁴⁾。

この原判決の判断枠組みは、以下の原判決判示からも看取できる。

すなわち、原判決は、原告の「接見関連文書の内容の秘密は、接見交通権によってほとんど絶対的に保障されており、弁護人が被告人と結託して明らかに脅迫状としてしか評価できないような手紙を証人予定者に送るなど、明白な証拠隠滅ないし同教唆あるいは証人威迫といった犯罪行為が行われたことが客観

93) なお、最決平成14年12月17日裁判集刑事282号1041頁は、「検察官において受訴裁判所に対し証拠調べの一環として搜索差押えの請求をしたとすれば、差押対象物について被告人らによる証拠隠滅のおそれがあったというのであるから、検察官による本件各差押処分を是認した原決定の判断は正当である。」として、被告事件について証拠調べ手続が開始された後に裁判官が発付した搜索差押許可状に基づき検察官が行った差押処分が是認される場合を例示している。

94) この点について、川出・前掲注35)44頁が「本判決は、〔差押えの必要性の〕考慮要素の1つである被差押者が被る不利益に、防御の準備内容が捜査機関側に知られることによる防御上の不利益を組み込むことによって、実質的に、弁護士と依頼者の間のやり取りの秘密性を保護されるべき利益として認めたことになる」と評している。

的に明らかであるなど極限的な場合であり、かつその資料が罪証証拠に当たり得ることの疎明に加え、その資料が被告人等の刑事裁判における主張及び被告人側の防御手段としての証拠に該当しないことの疎明がなされた場合に限り、搜索差押えが許されるに過ぎない」との主張に対し、「弁護人が接見時に防御方法の打合せの一環として交付した書類、被告人が接見内容及び防御構想を書き留めたメモ類及び弁護人との面会接見の代替方法として行われた信書のやり取りは、憲法 34 条に基づく被告人の接見交通権又は防御権及び弁護人の弁護権として保障されており、これらの防御方法の内容は基本的に捜査機関に秘匿されるべきであるといえる」ものの、「防御方法の内容の秘密といえども絶対的に保障されるものではなく、捜査権の行使という国家の権能との間で合理的な調整を図る必要があり…搜索差押えの必要性和被差押者である被告人の被る不利益を考慮して、必要かつ合理的な範囲の制約に服するものと解する。」として原告の主張を排斥している。

このように原判決は、前記判示にかかる書類、メモ類及び信書（以下「接見・防御関連資料」という。）が接見交通権保障の一貫として搜索差押えが禁止されるのではなく、搜索差押えの必要性の判断枠組みの中において、特に被処分者の不利益という要素の中で考慮されるべきであるとの見解を採っているのである。

（d） 原判決の当てはめ

原判決は、前記判断枠組みの当てはめとして、まず、搜索差押えの理由は認められるとした。この判断は、本件事案の概要からも明らかであったといえよう。

しかし、搜索差押えの必要性として、被告人の居室等に対する搜索差押許可状の請求については、被告人には平成 22 年 2 月 25 日以降接見等禁止処分決定がされていたことから、弁護人が被告人と過失によるものも含めて罪証隠滅工作に加担したことをうかがわせる事情を認めることができないことなどから、「〔同日以降の〕罪証隠滅の客観的可能性がな〔く〕…〔同〕日以降の罪証隠滅工作に関する証拠の搜索差押えを行う必要性はなかった」とした。

次に平成 22 年 2 月 25 日以前の罪証隠滅工作に関する搜索差押えの必要性に

については、「〔被告人の〕居室内には、接見等禁止決定〔前の〕…罪証隠滅工作に関する証拠が存在する可能性があり、また搜索差押を行うことが事前に…知れると、このような証拠が滅失・毀損されるおそれが高く、捜査機関による搜索差押えを行う必要性はあった」としたものの、①X及び後任のYは、AとB、D等との間の信書発受状況やその内容を客観的証拠として把握しており、Aの新主張の概要も把握していたことなどからすれば、平成22年4月26日頃までには既に本件搜索差押えの必要性は存在していたといえるが、搜索差押許可状請求に至っていないこと、②本件搜索差許可状請求時は期日間整理手続終了直前頃であることから、「〔被告人の〕居室内には防御の準備が相当程度集積していることが容易に想定できる…〔ところ〕…居室内を網羅的に搜索することを認めると、防御の準備が捜査機関に開示されることになり、従前の防御戦略や証人尋問期日に向けた公判準備に影響を及ぼすことは避けがたく…〔被告人及び弁護人〕…は少なからざる不利益を被ることにな〔り〕…このような不利益は、一度搜索差押えが実施されると…事後的な救済手段によっては完全に回復することが困難な性質のものである」ことから、「このような搜索差押許可状の請求は捜査の必要性に比して被差押者の不利益が大きく、搜索差押えの必要性を欠くものといえる。」とした。

一方書信室の搜索差押えについては、①その場所の特質性から、弁護人との間のやりとりにより収集したメモなどの防御準備資料が集積しているとは想定できない一方で、被告人が外部に発信した信書に対する返信としての信書があり、この中に罪証隠滅工作に関する記載がある可能性があることから、「〔被告人と弁護人が〕被る可能性がある不利益と比較して、搜索差押えの必要性は高い」こと、②「書信室については、受訴裁判所による搜索差押えを待つては搜索差押えの実効性を欠くといえるかは疑問があるものの、〔本件搜索差押許可状請求に際する受訴裁判所との事前折衝において検察事務官が〕電話で本件刑事事件の係属部の書記官に対し、令状請求先を受訴裁判所とすべきか令状部とすべきかを確認し、令状部に請求するように言われたことを踏まえて、捜査機関による搜索差押えを請求した」ことから、捜査機関による搜索差押えの必要性が認められるとした。

最後に領置倉庫等の搜索差押えについては、その場所としての特質から、被告人の前記接見禁止等決定前に行った「罪証隠滅工作に関する証拠が存在する可能性があり」、「〔被告人による〕宅下げ又は廃棄により、証拠が滅失・毀損されるおそれがあるから、裁判所による搜索差押えによっては実効性を欠くといえる。」ものの「領置倉庫にも、訴訟資料や防御構想、あるいは弁護人とのやりとりが記載された信書等が存在している可能性は高いことは居室等と同様である」ことから、「捜査の必要性に比して被差押者の不利益が大きいと認めることができ、搜索差押えの必要性を欠く」とした。

このように原判決は、検察官 Y が搜索差押許可状を請求した時点で、書信室を除く場所における搜索差押えは搜索差押えの必要性を欠くものであり、違法であるとしたのである。

また本判決は、違法な差押えによる押収物を占有する正当な根拠はないから、Y が押収物を精査し、かつ強盗被告事件を含む本件刑事事件が集結するまで還付しなかった行為も違法としている。

さらに、原判決は、令状裁判官の本件搜索差押許可状の発付については違法ではないと判断したが、この判断枠組みの検討は捜査機関による搜索差押えの検討という本稿の目的から外れるので割愛する。

本判決については、原告及び被告ともに控訴したが、控訴審の大阪高裁は検察官の違法性については本判決をほぼ引用してその判断を是認し、裁判官の違法性についても本判決の判断を補足した上でその判断を是認した。

c. 千葉地判平成 27 年 9 月 9 日（裁判所ウェブサイト、LEX/DB 25447756、控訴審東京高判平成 28 年 7 月 14 日 D1-Law.com 判例体系判例 ID 2824303（いわゆる南川岩永国賠）

(a) 事案の概要

検察官は、夫婦兩名による共犯事件として起訴された保護責任者遺棄致死傷被告事件（長男を栄養失調により餓死させ、長女を栄養失調に陥らせたもの）の公判を担当していた。被告人兩名はいずれも捜査段階では自白していたものの、同被告事件の公判前整理手続中に、夫、妻の順に、「妻が長男及び長女を隔離していたために夫は兩名の健康状態を全く知らなかった。」旨供述を変遷させ

た。そこで、検察官は、供述の変遷理由等について、刑務所勾留中の妻を取り調べ、その際、妻が同所内に所持する文書の任意提出を受けたところ、当該任意提出物中、妻が日記として使用するノートには、妻と弁護人らとの間の接見の内容にかかわる記載があり、便せんには、妻から弁護人宛ての信書の草稿等に当たる記載があった。

(b) 原審千葉地裁の判断について

① 原審千葉地裁の判断枠組み

原告である弁護人は、前記任意提出を受けた行為が弁護人の固有の秘密交通権を侵害する違法な行為に当たると主張したところ、原審千葉地裁（以下「原判決」という。）は、「刑訴法 39 条 1 項は、…被疑者等と弁護人等との間で授受される信書についても、授受の時点…授受後もその内容を…秘匿する利益を保護しており、これらの秘匿利益は、被疑者等の利益であるとともに、弁護人等の固有の利益でもある⁹⁵⁾と解釈すべきである。」とし、接見内容に関する秘密交通権に基づき被疑者等と弁護人等との間の信書にはこれを秘匿する利益があるとした上で、「しかしながら、この〔弁護人等の〕固有の利益も、究極的には、被疑者等の利益の保護を目的とするものである」として、被疑者等による秘匿利益を放棄し得る旨判示した。

その上で、原判決は「捜査機関として、身柄拘束中の被疑者等から、弁護人等との間の接見の内容にわたる記載のある書類や、弁護人等との間の信書の任意提出を受けるに当たっては、上記解釈を踏まえ、被疑者等の自由な意思に基づく真摯な同意による提出を受ける必要があり、更には、その任意提出を受ける行為が社会通念上相当と認められるものでなければならない」との判断枠組みを示した。

この判断枠組みは、任意提出を受ける行為自体は令状を要せず、任意処分に当たるところ、任意処分といってもそれによりもたらされる個人の権利・法益

95) 原判決において、刑訴法 39 条 1 項が被疑者等と弁護人等との間で授受される信書についても授受時のみならず授受後もその内容を秘匿する利益を保護しているなどと判示し、秘匿する権利を保障しているとは判示していないのは、かかり信書の秘匿については、刑訴法 39 条 1 項により、秘匿する権利として法律上保護されているものとは言い得ないものの、法律上認められる立場とは言い得ると解釈しているといえる。

の侵害ないしその危険の程度も様々であるから、個々の手段、方法ごとに、犯罪の軽重、犯罪の嫌疑の強弱、捜査目的達成のために其の手段、方法をとる必要性ないし緊急性の程度、その手段、方法が捜査の目的を達成する上で相当の範囲にとどまるか否か、その手段、方法によって侵害される法益とそれによって確保される利益とが権衡を保つか否か、処分を受ける相手方の承諾・同意の有無等の諸点を総合考慮するという捜査比例の原則に従って判断するという197条1項本文及びこれに基づく刑事判例理論の枠組み⁹⁶⁾に従ったものといえる。

② 原判決の当てはめ

原判決の当てはめは次のとおりである。

まず、ノート及び便せんの任意提出を受けた行為について、いずれも妻の自由な意思に基づく真摯な同意による提出であるとは認定した。

その上で、ノートの任意提出を受けた行為の社会通念上の相当性について、「〔妻〕の供述等の変遷の理由を明らかにするなどの捜査目的自体は、もとより正当」であり、日記として使用していたノートに、その供述等の変遷理由を記載する可能性は否定できないことから、「任意提出を受ける必要性を肯定することができる」とした。また、検察官は任意提出を受ける際、ノートが妻の日記として用いられていることを認識していたが、任意提出前に内容をよく読まなかったため、妻と弁護人らとの間の接見内容に関する記載が含まれていることに気付いていなかったことから、「秘匿利益を制約する意図のみならず、その認識もなかった」、「日記は、後に被疑者等の防御のために活用することが本来的に予定されている文書でないから、そこに接見の内容が記載されていることがあるとしても、被疑者等の防御に関わる核心的な内容が記載されるのが通常であるということはできない」ことなどから、「秘匿利益を侵害するおそれのある行為にとどまる上に、仮にそれによって秘匿利益の侵害が生じたとしても、重大な侵害に至る可能性が一般に高いものであったとまでは言い難い」ことから「社会通念上相当」であるとした。

96) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕(4)』〔馬場義宣＝河村博〕147頁等参照。

しかし、便せんの任意提出を受けた行為については、当該捜査が「全く必要性を欠く」とまではいえないものの、「一般に、便せんは信書の作成に用いられるものである」こと、任意提出当時、公判前整理手続進行中であつたことから、「便せんには、弁護士…宛ての信書の草稿等が含まれる可能性があることは…十分想定され…草稿等が含まれていれば…被疑者等と弁護士等との間の信書の発受が接見による意思疎通等を補完する手段として用いられるものであることに照らしても、被疑者等の防御に関わる事項が記載されることが当然予想されるところである。そうすると、捜査機関が、被疑者等が弁護士等に向けて発信する予定であつた信書の草稿等の任意提出を受ける行為は、客観的な秘匿利益の制約の態様としては、捜査機関が取調べにおいて被疑者等と弁護士等との間の接見の内容を網羅的に聴取する行為にも比肩し得る捜査活動であ〔り〕…秘匿利益の侵害の程度は極めて重大である。」として、秘匿利益の侵害程度が極めて重大であるとした。

さらに、便せんの任意提出を受ける必要性について、「〔妻〕が原告らを通じて〔夫〕との間で通謀したなどの事情は全くうかがわれないから」「秘匿利益に対する重大な侵害を正当化する高度の捜査の必要性があつたということもできない」とした。

また、検察官による任意提出の態様について、「便せんの任意提出を受けるに当たり、〔妻〕に対し、弁護士宛ての信書の草稿等が含まれていないかをよく確認し、これが含まれていれば、それ以外の便せんのみを任意提出することとするよう促すなどの措置をとることも考えられる」のに「そのような措置を何らとることなく、漫然と…便せんの任意提出を受けたのであるから…捜査の態様として相当なものであつたとはいひ難い」などとして、「社会通念上の相当性を欠く」ものであり違法であるとした。

(c) 控訴審東京高裁の判断について

控訴審である東京高裁（以下「本判決」という。）は、便せんのみならず、ノートの任意提出を受けた行為についても違法であるとして、原審判断の一部を変更した。

すなわち、本判決は、ノートと便せんの任意提出を受けた行為の適法性に関

し、原判決と同じ判断枠組みを採用した上で、ノートの任意提出を受けた行為の捜査目的の正当性、同行為の必要性があったこと、及び、検察官の秘匿利益制約意図がなかったことは認めた。しかし、被疑者が身柄拘束中に日記として使用しているなどのノートには、弁護士等との接見内容を記載する可能性が一般的に高く、被疑者等と弁護士等との接見が複数回に及んでいるときには接見の全部ないし大半の内容が記載されている可能性があることを重要視し、「このような日記が被疑者等から捜査機関に任意提出されれば…秘匿利益の侵害の程度は極めて重大である」とし、さらに、「弁護士が、以後の接見において、捜査機関に接見の内容を事後的に知られることをおそれて、被疑者等に対し助言等を行うことに慎重になるなどの萎縮的効果が発生すると考えられる。」とノートの任意提出を受ける行為の秘匿利益侵害性及びこれに伴う萎縮的効果について原判決と異なる価値判断を示し、検察官にとっても、「身柄拘束を受けている被疑者等〔の〕日記や…備忘のために記録しているノートには、弁護士と接見をした事実や接見の内容が記載されている可能性がかなり高いことを認識することは…特に困難なことではない。」とした。

そして、本判決は、身柄拘束中の被疑者等から捜査機関が日記の提出を受ける行為についての注意義務として、「捜査機関が身柄拘束中の被疑者等から日記の任意提出を受けるに当たっては、日記中に弁護士との接見の内容等に関する記載があるかどうかを被疑者等に尋ねるなど、被疑者等と弁護士等の秘匿利益を侵害することないように適切に配慮すべき注意義務があると解するのが相当である。」と判示し、検察官の注意義務違反行為について、「本件ノートの任意提出を受けるに当たり、〔被疑者〕に対し、本件ノート中に弁護士らとの接見の内容に関する記載があるかどうかを尋ねるなど、上記記載の有無を確認する措置を執らなかったのであるから、…〔前記〕注意義務に違反したといわざるを得ず、その捜査の態様は、被疑者等と弁護士等の接見についての秘密交通権（秘匿利益）への適切な配慮を欠いている」とし、任意提出を受けた行為は「相当なものであったとはいえない。」として、検察官が任意提出を受けた行為の全てが国家賠償法上違法な行為と判断した。

d. 各裁判例から導き出される判断要素

(a) まず、勾留されている被告人と弁護人等との信書を含む接見・防御関連資料に関しては、当該被告人と弁護人等との間で捜査妨害行為がされていることをうかがわせる事情が認められないのに、これらの内容を推知しようとして刑事施設等へ照会すること自体が違法と評価されていること（前記 a. 参照）を前提とすれば、これらを差押対象物として勾留されている被告人の居室を搜索し、これらを差し押さえることも違法と評価されるであろう。なお、ここでの捜査妨害行為とは、弁護人等が被告人等と意を通じて、あるいは、過失により当該行為をしたことを指す（以下「弁護人等による捜査妨害行為」という。）ところ、裁判例を前提にすると、一般的には弁護人等による捜査妨害行為は考え難いと考えられていることから、前記の事情については、通常、弁護人等による捜査妨害行為の現実的可能性が認められ得る事情であることが要求されるであろう。

(b) 次に、勾留されている被告人から接見・防御関連資料（及びその記載）の含まれた文書等の任意提出を受ける場合には、当該任意提出を受ける行為が被告人の自由な意思に基づく真摯な同意に基づくものであり、かつ、当該行為が必要かつ相当と認められなければならないところ、この必要かつ相当かとの判断に当たっては、捜査の必要性等の事情（捜査の目的、必要性、態様及び秘匿利益を制約する意図ないし認識の有無等）、秘匿利益の侵害の程度に関わる事情（任意提出を受けた文書の作成目的、性質、記載内容、接見内容等の記載を含む蓋然性の程度等）を考慮することとなる（前記 c. の東京高裁判事参照）。

これらの考慮において、弁護人等による捜査妨害行為がされているとうかがわれる事情がないときは、任意提出の目的となる文書等に当該被告人と弁護人等との接見内容、防御関連事項の記載がされている可能性があるのかという点を考慮することが重要となる。仮にこの可能性が認められる場合には、c. の裁判例を前提とすれば、任意提出を受け、差し押さえることにより、当該被告人と弁護人等との接見・防御内容が知られてしまうという不利益が生じ、当該不利益は事後的救済による回復は困難である点を留意すべきである。

そのため、前記可能性のある文書等の任意提出を受けるに当たり、捜査機関

としては、接見・防御内容に関する記載があるかどうかを尋ねるなどの配慮をし、仮にそのような記載があるのであれば、任意提出を受けることを差し控えなければならないことになろう。

これに対し、弁護士等による捜査妨害行為がされているとかがわれる事情がある場合には、捜査機関が被告人に任意提出を求めれば当該行為に関する文書等を隠滅される可能性があることから、通常当該文書等を押収しようとする場合には、搜索差押えの手段を用いることになり、その場合は(c)以下の検討に頼ることとなる。もっとも、弁護士等による捜査妨害行為について、被告人が自白し、弁護士等から受け取った関連文書等を手元に保管していることも自白したことから当該文書等の任意提出を受けるという場合も想定できないではない。このような場合、前記のとおり、当該関連文書等には秘密交通権の保障が及ばず、被告人の防御権も及ばないことから、当該文書等の任意提出を受けることは適法ということになろうが、この場合も弁護士等による捜査妨害行為の現実的可能性の程度等から導かれる捜査の必要性和任意提出を受けることによって被告人が被る不利益との比較衡量に基づく判断が求められるといえよう。

なお、被疑者の場合と被告人の場合とで接見・防御関連事項の記載や接見・防御関連資料の集積度が異なることから、被疑者段階において任意提出を受ける行為についての適否は今後の課題として残るといえよう。

(c) 最後に、勾留されている被疑者又は被告人の居室等における搜索差押えについては次のとおりである。

① まず捜査差押許可状の請求先であるが、第1回公判期日後は受訴裁判所による搜索差押えを原則とする。

当該搜索差押えでは実効性が図れないなどの例外的事情があるか、例外的事情を満たすかの判断が微妙な場合には、受訴裁判所に対して事前に搜索差押えの請求先を尋ねるなどすれば、（おそらく受訴裁判所において搜索差押えのための態勢整備の準備等の点から）令状請求先を令状担当部にされたい旨の示唆をするなどした上で、捜査機関による搜索差押えを行うことを選択するという段階を経ることが望ましい。

② 勾留されている被疑者又は被告人の居室の搜索差押えは、これらの者が

捜査妨害行為に及んでいるとかがわれる場合に実施しようとするのが通常であろう。そして、そのうち、被疑者又は被告人が弁護人以外の者との間において捜査妨害行為に及んでいるとかがわれる事情がある場合には、当該行為の現実的可能性の程度、検察官が搜索差押えまでの間に収集していた証拠の有無及びその内容、被疑者又は被告人に対する刑法81条の接見等禁止処分の有無及びその期間、搜索差押許可状請求に至るまでの検察官の搜索差押えに関する準備状況等の事情を考慮し、搜索差押許可状請求時における捜査の必要性の有無及びその程度を考慮し、その上で、当該搜索差押えにより被処分者が被る接見内容の秘密性喪失、反対当事者である検察官への防御内容の推知等、事後の救済措置では回復し難い被処分者の不利益との比較衡量により搜索差押えの必要性が判断されることになろう。

なお、起訴後は、当事者対等の原則、公判中心主義の要請の観点を踏まえて、前記不利益を考慮すべきこととなる。

③ 弁護人等による捜査妨害行為がうかがわれる事情がある場合には、当該行為に関して接見交通権及び防御権保障は及ばないものの、勾留されている被疑者又は被告人の居室には当該捜査妨害行為に関するもの以外の接見防御関連資料が存在することも否定できないことからすれば、この場合にも捜査の必要性和被処分者の不利益との間の比較衡量、搜索差押え時における居室の性質・状況、被疑者又は被告人の態度等を踏まえた搜索差押えの必要性判断が求められる。また、搜索差押え執行時の態勢等にもよるものの、差押対象物の現場における適切な選別も望まれることになろう。

④ 違法に差し押さえた物を捜査機関が精査する行為及びこれを事件終結まで還付しない行為も違法とされることから、当該物は被差押者等に還付すべきであるし、④の場合において、適法に搜索差押えした物の中に捜査妨害行為とは無関係の接見・防御関連文書があることが判明した場合にも、当該文書を還付すべきこととなろう。

3 本問の検討

以上を前提に本問について検討する。

まず、X は、強盜被疑事件について自白から共謀及び実行を否認するに至り、強盜事件発生当時のアリバイを主張し、そのアリバイ証人となりうる人物について供述するに至っている。

また、X について接見等禁止処分決定はされておらず、強盜被疑事件の共犯者である Y によれば X の主張に沿う口裏合わせを要求する趣旨の手紙が送られたこと、X の弁護人がアリバイ証人になりうる L と接見したことが認められる。

以上からすれば、X において、弁護人以外の者を通じて現に罪証隠滅工作に及んでいる現実的可能性が認められ、そうすると、勾留されている X の居室には当該罪証隠滅工作に関連する文書等が存在する蓋然性も認められることになる。

そうすると、搜索すべき場所を X の居室とし、差し押さえるべき物を「本件に関係ありと思料される記録関係文書及び物件、行動関係書類、書籍」などとして搜索差押えを行う理由は認められることになる。

もっとも、X がその私選弁護人を通じて罪証隠滅工作に及んだという現実的可能性までは認められない。そうすると、搜索差押えの必要性の判断において、前記搜索差押えによって、X と弁護人との間の接見・防御関連文書の搜索差押えを行うことにより、被処分者の被る不利益の考慮が必要となる。

この点について、本件が一般的に重大事犯といえる強盜被疑事件の捜査初期段階であり、前記の罪証隠滅工作が発覚した直後であること、当該罪証隠滅工作が行われた現実的可能性は高いこと、強盜被疑事件の捜査に当たっている検察官としては、罪証隠滅工作に及んでいることを推認させる客観的証拠を獲得するには至っていないこと、Y の検察官に対する情報提供を X が把握すれば X において罪証隠滅工作にかかる証拠物を廃棄する可能性も高いといえる。また、強盜被疑事件の捜査、特に X と Y との共謀、X の実行行為の有無を解明するため当該証拠の証拠価値は高いといえる。

以上からすれば、捜査の必要性は高いといえよう。

これに対し、前記のとおり勾留 5 日目の段階であることからすれば、起訴後に比して X の居室に接見及び防御関連文書が存在する可能性自体はあるもの

の、これらが集積している可能性は低いといえる。また、現実の搜索差押えの執行段階において、一見してXと弁護人との接見防衛関連文書とわかるような文書については差押えの対象から外すなどの配慮をすることにより、Xが被る不利益は可及的に低減させることができると考えられる。

そうすると、本問の場合は、搜索差押えの必要性も認められることになり、搜索差押許可状請求は適法とされるであろう。

V おわりに

このように搜索差押えと重要な権利利益とが抵触する場合、我が国では、判例・裁判例上、捜査権行使と被処分者の有する重要な権利利益の合理的調整による解決がなされている。

この合理的調整は、搜索の理由、すなわち、犯罪事実に対する嫌疑、搜索においては、犯罪事実と関連する証拠物の存在する蓋然性、差押えにおいては、差押対象物と犯罪事実との関連性、さらには、搜索差押えの必要性の要件該当性判断中において行われている。

前記各要件のうち、重要な権利利益との合理的調整局面で重要な役割を果たすのが搜索差押えの必要性判断であり、その判断枠組みは國學院大學事件の判断枠組みが基本形であるところ、重要な権利利益との合理的調整は、主に「被処分者の不利益の程度」として搜索差押えによって影響を受ける被処分者の重要な権利利益を考慮する方法でなされることになる⁹⁷⁾。

また、重要な権利利益との合理的調整においては、搜索差押えにより不利益を被る被処分者の重要な権利利益の意義や内実を的確に把握することが重要である。

報道の自由や取材の自由については、これらの憲法上の位置付け、報道の機

97) このような合理的調整がされた裁判例としては、被疑者以外の者のプライバシー等との調整として参考になるものとして、東京地決平成10年2月27日判時1637号152頁、投票の秘密との調整として参考になるものとして、大阪地堺支決昭和61年10月20日判時1213号59頁。これらを検討したものとして、上口・前掲注6) 149頁参照。

会が奪われるような不利益か否か、それとも将来における取材の自由が妨げられるおそれといった可能性にとどまる不利益か否かといった点、秘密交通権や防御権についても、同様に憲法上や刑事手続上の位置付けのほか、接見における秘密や被疑者又は被告人の防御事項は、捜査機関に知られた場合には秘密交通権や被疑者又は被告人の防御権に対し、回復し難い重大な不利益を与えることを重視しているといえる。

搜索差押えに当たる捜査機関としては、搜索差押えにより影響を受ける被処分者の重要な権利利益の意義や内実、更には当該影響による不利益の程度を念頭におきつつ、捜査の必要性和当該権利利益との合理的調整の中で令状請求、執行、執行後の還付等の一連の活動を行うべきということになる。

以上